TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

TRATADO DE DIREITO PRIVADO-TOMO I -PARTE GERAL

Pessoas físicas e jurídicas

Tábua Sistemática das Matérias

Introdução

Mundo jurídico e Existência dos fatos jurídicos

Capítulo 1

A Regra Jurídica e o Suporte Fático

§ 1. *Conceito de regra jurídica.* 1. Regra jurídica *e* suporte fático. 2. Fatos. 3. Incidência e aplicação. 4. Fatos jurí dicos e eficácia jurídica

§ 2. *Mundo e fato.* 1. Mudança no mundo. 2. Fatos do mundo jurídico. 3 Incidência da regra jurídica e juridicidade. 4. Regra jurídica; incidência *in* casu e incidência em geral. 5. Noção exata

§ 3. *A regra jurídica em si.* 1. A regra jurídica como criação humana. 2. Mundo jurídico. 3. Juridicidade e incidên cia

§ 4. *Incidência da regra jurídica.* 1. Respeitabilidade e incidência. 2. De como incide a regra jurídica. 3.

Incidência e *ignoran tia turis.* 4. Alcance da incidência. 5. Aplicação da regra jurídica. 6. Tempo da incidência

§ 5. Como *se dá* a *incidência da regra* jurídica. 1. infabibilidade da incidência. 2. Eficácia da lei *e* eficácia do fato juridico. 3. Fato jurídico é plus no mundo jurídico

§ 6. *Causalidade jurídica.* 1. Causação. 2. Lugar e tempo das regras jurídicas. 3. Causalidade da eficácia jurídica

§ 7. O suporte *fático.* 1. Composição do suporte fático.2. O extrajurídico

§ 8. *Entrada dos Fatos no mundo jurídico.* 1. Variedade dos fatos jurídicos. 2. Fatos juridicizáveis. 3. Fatos juridicos, positividade e negatividade. 4. Ligação dos fatos a alguém. 5. Simplicidade e complexidade dos suportes fáticos

§ 9. Suficiência do suporte fático. 1. O que se há de conter no suporte fático. 2. Fatos prováveis. 3. Elementos o suporte fático

§ 10. *Suporte fálico e pluralidade de regras jurídicas.* 1. Múltipla incidência. 2. Irradiação de efeitos. 3. Múltipla incidência da mesma regra jurídica. 4. Regras jurídicas negativamente formuladas. 5. Juridicização. 6. Insuficiência do suporte fático

§ 11. Topologia dos *Fatos.* 1. Lugar e tempo. 2. Sucessão e simultaneidade. 3. Coexistência da regra juridica e do suporte fático

§ 12. *Tempo.* 1. Função do tempo. 2. Fatos positivos e fatos negativos. 3. Nascimento e extinção de direitos; prescrição. 4. Determinação, na dimensão do tempo ...

§ 13. *Configuração do suporte Fático.* 1. Suporte fático e variação. 2. Cerne do suporte fático (núcleo). 3. Elementos e procedência deles. 4. Fatos jurídicos como elementos

Capítulo II

Realização e a Violação das Regras Jurídicas

§ 14. Os dois *conceitos.* 1. Incidir a regra jurídica, realizar-se e ser violada

§ 15. *Realização da regra jurídica.* 1. Realização e perfectibilidade. 2. Contemplação da incidência

§ 16. *Regra jurídica e generalidade.* 1. Regras jurídicas gerais. 2. Direito e Estado de direito. 3. Principio de isonomia e regra jurídica para um só caso

§ 17. *Fraude à lei ou violação indireta.* 1. A fraude à lei no direito *romano.* 2. *A gere contra legem e In fraudem legis agere.* 3. Regras jurídicas fraudáveis. 4. O problema técnico. 5. Fundamento jurídico da teoria. 6. Critica e explicação científica. 7. Regra jurídica escrita e regra jurídica não-escrita sobre a fraude á lei. 8. Simulação, ato aparente e fraude à lei. 9. Fraude à lei e dimensão do tempo

Capítulo III

Classificação das Regras jurídicas

§ 18. *Regras jurídicas cogentes e* não-cogentes. 1. Conceito de cogência. 2. Conceitos de díspositividade e interpretatividade. 3. Fundamento da dispositividade *e* da interpretatividade. 4. Regras jurídicas interpretativas. 5.

Regras jurídicas integrativas e regras jurídicas remissivas. 6. As chamadas leis interpretativas

§ 19. *Regras jurídicas impositivas e regras jurídicas proibitivas.* 1. Impositividade e proibitividade. 2. Regras jurídicas outorgativas

Capítulo IV

Fatos jurídicos

§ 22. Noções liminares. 1. Regra jurídica, suporte fático e incidência. 2. Coloração do suporte fático. 3. Classificação dos fatos jurídicos. 4. Ato humano como fato jurídico

§ 23. *Conceito de Fato jurídico.* 1. Incidência e juridicização dos suportes fáticos. 2. Incidência, fato jurídico e eficácia. 3. Suporte tático, elementos a mais e elementos a menos. 4. Fatos jurídicos. 5. Insuficiência por eliminação

§ 24. *Os atos jurídicos.* 1. Ato humano. 2. Atos ilícitos como atos jurídicos

§ 25. *Declarações e manifestações* de *vontade.* 1. Definições. 2. Manifestar e declarar. 3. Declaração de vontade.

4. Três espécies de atos humanos

§ 26. *Exteriorização de vontade abstraída e irrelevante.* 1. Atos-fatos jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu.* 2.

Atos-fatos jurídicos. 3. Atos jurídicos *stricto sensu.* 4. Atos mistos. 5. Manifestações de sentimento. 6. Ocupar e derrelinquir. 7. Os chamados atos reais. 8. Constituição de domicílio

§ 27. *Regras jurídicas comuns.* 1. Atos jurídicos e regras comuns a eles. 2. Capacidade ..

§ 28. *Atos ilícitos.* 1. Conceito. 2. Contrariedade a direito

§ 29. *Mudança de classe.* 1. Classes e deslocação. 2. Tomada de posse e transmissão voluntária da posse

§ 30. *Negócio jurídico.* 1. A expressão “negócio jurídico”. 2.Autonomia da vontade e negócio jurídico. 3.

Problema da conceituação do negócio jurídico. 4. Definição de negócio jurídico. 5. Manifestações e declarações de vontade. 6.Negócios jurídicos sem declaração de vontade. 7. Conclusão

§ 31. *Espécies de Fatos.* 1. Fatos singulares, estado de fato; positivos e negativos; simples e complexos. 2.

Estado de fato. 3. Pendência e expectativa. 4. Fatos do mundo físico e fatos do mundo psíquico. 5. Regulação e satisfação

§ 32. *Suporte* fático *do ato jurídico* stricto sensu, *do ato-fato jurídico, do ato ilícito e do fato jurídico puro.* 1.

Diferenças de composição. 2. Ato ilícito e suporte fático. 3. Fatos jurídicos *stricto sensu.* 4. Falsos efeitos prelimi nares

§ 33. *O elemento da intenção.* 1. Vontade e declaração. 2. Noção de vício de vontade

§ 34. *Princípio da determinação.* 1. Determinismo jurídico. 2. Causa e efeito

§ 35. *Existência das manifestações de vontade e dos outros atos humanos.* 1. Atos humanos e vontade. 2. Existência do fato jurídico e validade. 3. Vontade manifestada. 4.intenção manifestada

§ 36. *Manifestações de vontade revogáveis.* 1. Revogar, retirar voz. 2. Irrevogabilidade e criação de direito. 3.

Desfazimento e revogação. 4. Negócio jurídico e revogação . 5. Atos-fatos jurídicos. 6. Atos juridicos revogáveis. 7. Fraude contra credores e fraude à execução

§ 37. *Negócios jurídicos desfeitos.* 1. Desfazimento. 2. Conceituação. 3. Negócios jurídicos unilaterais

§ 38. *Saído do mundo* jurídico. 1. Perda da juridicidade. 2. Espécies de saída

Capítulo V

Relação Jurídica

§ 39. *Conceitos de relação e de relação jurídica.* 1. Relação. 2. Relação jurídica. 3. Relação jurídica básica .

4. Relação entre coisas. 5. Conteúdo das relações jurídicas

§ 40. *Regra jurídica e relação jurídica.* 1. Regra jurídica, relação juridica e eficácia. 2. Direitos e deveres. 3.

Relação jurídica eficacial

§ 41. *Relação intrajurídica ou eficacial.* 1. Relação juridica e efeito. 2. Sucessão e sucessividade. 3. Relação jurídica e sistema jurídico. 4. Relação jurídica basica e fatos jurídicos. 5. No direito de família e no direito das sucessões. 6. Instituição jurídica

§ 42. *Conteúdo da relação jurídica.* 1. Relação jurídica e efeitos. 2. Sucessão e relação jurídica. 3. Relações entre efeitos jurídicos

§ 43. *Termos das relações jurídicas.* 1. Dado—relação e relação jurídica.

2. Conceitos breves de pessoas, termos das relações jurídicas. 3. Quem é pessoa. 4. Questões extrajurídicas. 5. Natureza social, inter-humana, da relação jurídica. 6. Relações jurídicas só eficaciais. 7. Relações jurídicas, unigeradoras e multigeradoras. 8. Transmissão excepcional da relação jurídica. 9. Ligação entre efeitos

Capítulo VI

A Psique e o Direito

§ 44. *Direito e relações inter-humanas.* 1. Função do direito. 2. Vontade e motivos. 3. Elemento cognoscitivo. 4.

Comunicações de conhecimento. 5. Dever de conhecer. 6. Conhecimento e dúvida. 7. Difusão edital e conhecimento. 8. Difusão pelos registros. 9. Erro e boa- fé . 10.Segurança juridica. 11. Falta de boa-fé. 12- De como

opera a boa-fé. 13. Terceiros e eficácia da posição em virtude de boa-fé .

§ 45. *Erro e direito.* 1. Erro. 2. Erro de direito. 3. Erro positivo e erro negativo

§ 46. *Determinação e indeterminação do elemento subjetivo.* 1. Principio da determinação do sujeito. 2. Interesses comuns e pessoas. 3. Sucessão condicionada e sucessão a termo. 4. Há direitos sem sujeito?

Parte Geral do Direito Privado

1. Plano da existência

Parte 1

Pessoas e Domicílio

Capítulo 1

Pessoas em Geral

§ 47. *Sujeito de direito* e *pessoa.* 1. Conceito de personalidade. 2. Precisão de termos

§ 48. *Pessoa* e *capacidade.* 1. Ser pessoa. 2. Pessoas físicas. 3. Pessoas juridicas **Capítulo II**

Pessoas Físicas

§ 49. *Capacidade de direito, capacidade de obrar e suas espécies.* 1. Os conceitos. 2. Capacidade de obrar.

3. Concepção repelida. 4. Capazes de direito

§ 50. *Sujeito de direito.* 1. Termo da relação jurídica. 2.Conceito de pessoa. 3. Direitos de personalidade. 4. Nascituro. 5. *Se* há direitos sem sujeito

§ 51. Nasciturus *e* nondum conceptus. 1. Antes do nascimento. 2. Direito brasileiro. 3. Direito e personalidade.

4. Eficácia antecipada. 5. Nascimento com vida. 6. Tutela penal e ofensa à vida do homem concebido

§ 52. *Nascituro e titularidade.* 1. Salvaguarda dos direitos do nascituro. 2. As teorias. 3. Vir a ser e personalidade. 4. Afastamento do conceito de condição. 5. Dificuldades doutrinárias. 6. Viabilidade

§ 53. *Registra civil dos pessoas* físicas. 1. Natureza dos registros civis. 2. Espécies de registro. 3. Fatos ocorridos a bordo e em campanha. 4. Atos ocorridos no estrangeiro . . -

§ 54. *Prova do nascimento.* 1. Certidão. 2. Vitalidade. 3. Dever de declaração. 4. Conteúdo do assento de nascimento. 5. Nascimento em campanha. 6. Dúvida do oficial quanto à declaração. 7. Seguros e

carteira profissional. 8. Nascimentos simultâneos, ou sem prova de anterioridade

§ 55. *Certidões dos registros públicos.* 1. Prova por certidões. 2. Ações proponíveis

§ 56. *Maioridade.* 1. Maioridade e capacidade. 2. Cessação da incapacidade

§ 57. *Suplemento de idade.* 1. Pressupostos da suplementação. 2. Pretensão à suplementação. 3. Suplemento de idade e emancipação. 4. Ato de suplementação. 5. Suplemento de idade por decisão judicial. 6. Eficácia da sentença

§ 58. *Casamento causa extintiva da incapacidade.* 1. Capacidade em virtude de casamento. 2. Natureza da sentença a respeito. 3. Putatividade do casamento. 4. Casamento precipitado

§ 59. *Emprego público efetivo e cessação da incapacidade.* 1. Pressupostos da cessação de incapacidade.

2.Capacidade politica e capacidade civil. 3. Os arts. 99, § 1º, III e 391, II. 4. Cessação *ipso iure*

§ 60. *Grau científico em curso de ensino superior e cessação de incapacidade.* 1. Eficácia anexa. 2. Eficácia *ipso iure*

§ 61. *Estabelecimento civil ou comercial, com economia própria, e cessação da incapacidade.* 1. Origens da regra jurídica. 2. “Usos modernos”

§ 62. *Fatos deficitantes da capacidade.* 1. Capacidade de direito, capacidade de ato e capacidade de atos jurídicos lícitos (cf. art. 81). 2. Incapacidade, por alguma causa psíquica. 3. Incapacidade relativa. 4. Silvícolas ...

§ 63. *Capacidade quanto a atos ilícitos absolutos.* 1. Capazes e incapazes. 2. Interdição e incapacidade delitual.

3. Interdições. 4. Pessoas com poder de disposição limitada. 5. Tutela de terceiros. 6. Eficácia declarativa da sentença interdicional

§ 64. *Capacidade para comerciar.* 1. Conceito. 2. Proibição de comerciar. 3. Extensão da proibição. 4. Proibi-

ções e impedimentos para o comércio. 5. Alcance das sanções

§ 65. *Morte e personalidade.* 1. Morte e direitos. 2. Desaparecidos. 3. Dano causado pelo morto. 4. Morte e vontade

§ 66. *Registro de óbito.* 1. Certidão do registro de óbito.2. Dever de declarar o óbito. 3. Conteúdo do assento do óbito. 4. Falecimentos a bordo, em campanha ou em estabelecimento público. 5. Corpos não-encontrados

§ 67. *Prova da morte.* 1. Morte, fato jurídico. 2. Comorientes. 3. Pressuposto da comoriência. 4. Causa e causas da pluralidade de mortes. 5. Onus da prova

Capítulo III

Nome e Parentesco

§ 68. *Nome das pessoas como suporte fático.* 1. Desde os tempos primitivos. 2. Ser humano e nome. 3. Prenome e sobrenome. 4. Abreviação e nome particular. 5. Nome de guerra e alcunha

§ 69. *Composição do nome.* 1. Elementos componentes do nome. 2. Lei e composição do nome. 3. Expostos. 4.

Mudança de nome

§ 70. *Parentesco.* 1. Conceito. 2. Eficácia do parentesco

Capítulo IV

Domicílio e Residência

§ 71. *Domicílio.* 1. Conceito. 2. Natureza do domicílio. 3. Suporte fático e fato jurídico do domicílio. 4.

Principios fundamentais. 5. Domicílio legal. 6. Domicílio do militar 7. Domicílio dos incapazes. 8. Mulher casada. 9. Domicílio do preso. 10. Funcionários públicos. 11. Oficiais e tripulantes da marinha mercante. 12.

Diplomatas brasileiros. 13. Domicílio voluntário. 14. Especificação de domicílio. 15. Domicílio fiscal. 16.

Pluralidade de domicílio e principio da exclusividade

§ 72. *Mudança de domicílio.* 1. Conceituação. 2. Onus da prova

§ 73. *Residência.* 1. Conceito. 2. Morada

§ 74. *Nacionalidade.* 1. Conceito. 2. Apátrides e polipátrides. 3. Tratamento especial **Capítulo V**

Pessoas Jurídicas

§ 75. *Conceito de pessoa jurídica.* 1. Dado fático. 2. Conceito jurídico e conceito econômico ou político. 3.

Orgãos. 4. Ser pessoa. 5. Órgãos necessários e órgãos facultativos

§ 76. *Espécies de pessoas jurídicas.* 1. Técnica legislativa dos arts. 16-17. 2. Pessoas jurídicas de direito privado.

3. Intuito econômico e intuito não-econômico

§ 77. *A União e outras entidades estatais.* 1. Plano do direito das gentes. 2. Plano do direito estatal

§ 78. *Pessoas de direito público simples.* 1. Espécies. 2. Pessoas de direito público. 3. Poder do Estado quanto á discriminação

§ 79. *Autarquias.* 1. Conceito. 2. Paraestatalidade e autonomia. 3. Formas de criação. 4. Direito privado e direito público. 5. Corpos de administração

§ 80. *Pessoas jurídicas de direito público não-autarquias.* 1.Pessoas jurídicas de direito público sem ligação estatal. 2.Empresa e trabalhadores

§ 81. *Suporte Fático da personalidade jurídica.* 1. Teorias sobre a natureza da pessoa jurídica. 2. Sujeito de direito

§ 82. *Associação e sociedade.* 1. Os dois conceitos. 2. Personificação das associações. 3. Elemento corporativo.

4. Fim ilícito da pessoa jurídica. 5. Sociedades religiosas e associações. 6. Sociedades e associações pias ou morais. 7.

Legislação sobre registro. 8. Sociedades comerciais. 9.Pessoas jurídicas e capacidade delitual

§ 83. *Associações e sociedades não-personificadas.* 1. Entidades sem personalidade. 2. Principio da personalidade transcendente. 3. Atos antes do registro. 4. Nome. 5. Capacidade de ser parte e capacidade processual ativa.

6. Órgãos . 7. Administração e órgão externo. 8. Capacidade processual passiva. 9. Incapacidade processual ativa; exceções

§84. *Período pré-pessoal das sociedades anônimas.* 1. Ato jurídico coletivo criativo. 2. Subscrição do capital.3.

Subscrição pública de ações. 4. Deliberações por unanimidade. 5.

Patrimônio especial. 6. Promessa de subscri-

ção

§ 85. *Direito à personalidade?* 1. Pessoa e direito à personificação. 2. Qualidades e direitos. 3. Personificação fato posterior

§ 86. *Ato constitutivo.* 1. Conceito. 2. Autorização ou aprovação estatal. 3. Natureza do ato constitutivo. 4. Caracterização. 5. Indicações necessárias do ato constitutivo. 6. Eficácia do ato constitutivo e dos estatutos. 7.

Arts.16 e 23. 8. Atos jurídicos necessários. 9. Acefalia. 10. Não-normatividade, *stricto sensu,* das regras estatutárias

§ 87. *Inscrição.* 1. Inscrição e publicidade. 2. Inscrição e ilicitude. 3. Personificação e transferência dos bens ..

§ 88. *Modificação do ato constitutivo ou dos estatutos.* 1. Modificabilidade. 2. Princípio da igualdade entre os membros

§ 89. *Órgão da pessoa jurídica.* 1. Os membros são elementos do suporte fático. 2. Órgão da pessoa jurídica

§ 90. *Assembléia.* 1. Essencialidade da assembléia. 2. Membro e voto. 3. Deliberações. 4. Capacidade e vícios de vontade

§ 91. *Diretoria.* 1. Órgão diretivo. 2. Diretoria e funções diretivas. 3. Deveres e obrigações dos diretores

§ 92. *Membros de associações e sociedades.* 1. Conceito.2. Qualidade de membro. 3. Incapazes e pessoas jurídicas. 4. Direitos e deveres. 5. Principio de igualdade. 6. Direitos específicos preferentes. 7. Contribuição dos membros. 8. Qualidade de membro, intransmissibilidade

§ 93. *Ingresso de membros novos.* 1. Membros novos. 2. Natureza do ato

de admissão

§ 94. *Perda da qualidade de membro.* 1. Direito à egressão. 2. Retirada do membro. 3. Exclusão, expulsão,destituição

§ 95. *Questões entre a pessoa jurídica e os membros.* 1. Situações ativas e passivas. 2. Validade das exclusões

§ 96. *Ato do órgão.* 1. Responsabilidade da pessoa jurídica . 2. Pessoas jurídicas estatais

§ 97. *Presentação da pessoa jurídica.* 1. Função de órgão . 2. Órgão e pluralidade de pessoas componentes. 3.

Poderes dos órgãos. 4. Órgão e representante. 5. Alteração dos poderes

§ 98. *Responsabilidade das pessoas jurídicas.* 1. Atos dos órgãos. 2. Responsabilidade civil. 3. Responsabilidade pelo ato não-contrário a direito. 4. Atos jurídicos. 5. Solidariedade . 6. Responsabilidade pelos atos de outrem.

7. Responsabilidade da pessoa jurídica e do órgão

§ 99. *Responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público interno.* 1. Pessoas jurídicas estatais. 2. Responsabilidade sem culpa. 3. Regra jurídica cogente. 4. Atos ilícitos relativos ..

§ 100. *Terminação da existência das pessoas jurídicas.* 1. Causas de terminação. 2. Averbação. 3. Sociedade e associação. 4. Falência. 5. Transferência de sede para o estrangeiro. 6. O art. 5t nº XIX, da Constituição de 1988.

7. Dissolução por atividade ilícita

§ 101. *Liquidação.* 1. Conceito. 2. Liquidação antes da perda da personalidade. 3. Procedimento liquidativo. 4.

Termo da liquidação

§ 102. *Fundações.* 1. Suporte fático da fundação. 2. Natureza da

fundação

§ 103. *Figuras parecidas com a fundação.* 1. Fundação, órgãos e funções. 2. Subscrição. 3. Coletas. 4. Relações entre os coletores. 5. Aformalidade. 6. Destinatários....

§ 104. *Negócio jurídico fundacional.* 1. Ato de fundacão . 2. Natureza do negócio jurídico criativo. 3. Pressuposto do fim especificado. 4. Pressuposto formal. 5. Patrimônio. 6. Insuficiência da dotação. 7. Negócio jurídico de vivo. 8. Pluralidade de fundadores. 9. Irrevogabilidade.10.

Promessa de fundação. 11. Fundação em

testamento. 12. Revogabilidade. 13. Fundação futura

§ 105. *Patrimônio.* 1. Dotação. 2. Atos anteriores ao registro. 3. Regras de organização

§ 106. *Estatutos e aprovação.* 1. Sistema brasileiro. 2. Estatutos. 3. Natureza da aprovação dos estatutos

§ 107. *Personificação.* 1. Registro e personificação. 2. Natureza da inscrição. 3. Direito e dever de inscrição. 4.

Ininscritibilidade. 5. Doações. 6. Transferência de bens. 7. Fundações de direito público

§ 108. *Alteração dos estatutos.* 1. Tempo em que se dá a alteração dos estatutos. 2. Registro. 3. Estatutos e alterações. 4. Razão da alteração. 5. Alteração do fim

§ 109. *Fiscalização.* 1. Ministério Público. 2. Interesse federal. 3. O art. 30 do Código Civil. 4. Nulidade do ato modificativo

§ 110. *Alteração do fim ou dos fins da fundação.* 1. Concepção do fim ou dos fins. 2. Mudança de circuns tância

§ 111. *Extinção das fundações.* 1. Fundações e duração. 2. Prazo de

existência e outras causas de extinção **Capítulo VI**

Domicílio das Pessoas Jurídicas

§ 112. *Regras do Código Civil e de outras leis.* 1. O art. 35. 2. Orgão e pessoa jurídica. 3. Diversos estabelecimentos. 4. Pessoas jurídicas de direito comercial

INTRODUÇÃO

Mundo jurídico Fatos e Existência

A Regra Jurídica e o Suporte Fático

§ 1. Conceito de regra jurídica

1. *Regra jurídica e suporte fático.* A regra jurídica é norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida. Há o fato de legislar, que é edictar a regra jurídica; há o fato de existir, despregada do legislador, a regra jurídica; há o fato de incidir, sempre que ocorra o que ela prevê e regula. O que é por ela previsto e sobre o qual ela incide é o *suporte fático,* conceito da mais alta relevância para as exposições e as investigações científicas. No trato do direito já feito, da *lex lata,* —

já transposta, portanto, a linha para aquém da qual ficou a técnica legislativa e o fato de legislar, — o que nos interessa e: *a)* o fato da regra jurídica, pois que existe no mundo das relações humanas e do pensamento humano; b) o fato de se comporem suportes fáticos; c) o fato da incidência. Tudo nos leva, por conseguinte, a tratar os problemas do direito, como o físico: vendo-os no mundo dos fatos, mundo seguido do mundo jurídico, que é parte dele.

2. *Fatos.* Quando se fala de fatos alude-se a algo que ocorreu, ou ocorre, ou vai ocorrer. O mundo mesmo, em que vemos acontecerem os fatos, é a soma de todos os fatos que ocorreram e o campo em que os fatos futuros se vão dar. Por isso mesmo, só se vê o fato como *novum* no mundo. Temos, porém, no trato do direito, de discernir o mundo jurídico e o que, no mundo, não é mundo jurídico. Por falta de atenção aos dois mundos muitos erros se cometem e, o que é mais grave, se priva a inteligência humana de entender, intuir e dominar o direito.

3. *Incidência e aplicação.* Das considerações acima temos de tirar: *(a)* que é falsa qualquer teoria que considere apenas *provável* ou *suscetível de não ocorrer* a incidência das regras jurídicas (o homem não organizou a vida social deixando margem à não-incidência, porque teria sido o ordenamento alógico, em sistema de regras jurídicas em que essas poderiam *não ser), e.g.,* as teorias que afirmam que algumas regras jurídicas não se aplicam e, pois, *não são* (confusão entre *incidência* e *aplicação); (b)* que é essencial a todo estudo sério do direito considerar-se, em ordem, *a)* a elaboração da regra juridica (fato político), *b) a* regra jurídica (fato criador do mundo jurídico), *c)*

o suporte fático (abstrato), a que ela se refere, *d)* a incidência quando o suporte fático (concreto) ocorre, *e)* o fato juridico, que daí resulta, fi a eficácia do fato jurídico, isto é, as relações jurídicas e mais efeitos dos fatos jurídicos.

4. Fatos jurídicos e eficácia jurídica. O direito, com a dose de elemento estabilizador que o caracteriza, ou promete que *o que é,* juridicamente, continuará de ser, ou que produzirá tais e tais efeitos. Ou *o que* é continua, até que produza os efeitos; ou continua de ser e de produzir. Também acode ele àqueles casos futuros, em que ocorrem mudanças, e diz quais as conseqüências e os efeitos. *Eficácia jurídica* é o que se produz no mundo do direito como decorrência dos fatos juridicos, e não, como definiu A. Manigk *(Das Anwendungsqebiet der Vorschriften fúr die Rechtsgeschäfte,* 16), a mudança que atua nas relações jurídicas. Aliás, é sempre de atender-se a que não é ao suporte fático *(Tatbestand)* que corresponde a eficácia. Os elementos do suporte fático são pressupostos do fato jurídico; o fato jurídico é o que entra, do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte. *Só de fatos jurídicos provém eficácia jurídica.*

Aqueles juristas (e são tantos) que discutem a distinção entre direito objetivo e direito subjetivo procedem como se discutissem a distinção entre fogo e cinza, entre a corrente do rio e a erosão das margens. Direito objetivo é a regra jurídica, antes, pois, de todo direito subjetivo e não-subjetivado. Só após a incidência de regra jurídica é que os suportes fáticos entram no mundo jurídico, tornando-se fatos jurídicos. Os direitos subjetivos e todos os demais efeitos são eficácia do fato jurídico; portanto, *posterius.* O direito objetivo não é logicamente anterior ao direito subjetivo; é outra coisa: direito, na expressão "direito objetivo", e direito, na expressão "direito subjetivo", são duas acepções do vocábulo "direito", dois fatos diferentes. Direito objetivo é fato do mundo político, que leva às fronteiras do mundo juridico e o causa, o compõe, — pois que da incidência do direito objetivo (= das regras jurídicas) é que resultam os fatos jurídicos, o mundo jurídico. Direito subjetivo já é *efeito* dos fatos jurídicos. Quando se fala de direitos subjetivos antes de leis é porque houve outra lei, antes deles, que, incidindo, produziu os fatos jurídicos de que esses direitos subjetivos emanaram. Os homens dos séculos XVIII e XIX, que falavam de direitos que as Constituições *tinham* de respeitar, ou aludiam a algum sistema jurídico, *acima* das Constituições ou *antes* delas (pré-constitucionais), de que derivariam tais direitos subjetivos, ou falavam de direitos subjetivos em sentido

político, e não *jurídico.* Sabe-se bem a que lamentáveis obscurecimentos levaram tais confusões.

§ 2. Mundo e fato

1. *Mudança no mundo.* Todo fato é, pois, *mudança* no mundo. O mundo compõe-se de fatos, em que novos fatos se dão. O mundo jurídico compõe-se de fatos jurídicos. Os fatos, que se passam no mundo jurídico, passam-se no mundo; portanto: *são.* O mundo não é mais do que o total dos fatos e, se excluíssemos os fatos jurídicos, que tecem, de si mesmos, o mundo jurídico, o mundo não seria a totalidade dos fatos. Para uso nosso, fazemos modelos de fatos, inclusive de fatos jurídicos, para que o quadro jurídico descreva o mundo jurídico, engastando-o no mundo total. Daí os primeiros enunciados: *(a)* O mundo jurídico está no conjunto a que se chama o mundo.

(b) O mundo concorre com fatos seus para que se construa o mundo jurídico; porém esse seleciona e estabelece a causação jurídica, não necessariamente correspondente à causação dos fatos. (c) A juridicização é o processo peculiar ao direito; noutros termos: o direito adjetiva os fatos para que sejam jurídicos (= para que entrem no mundo jurídico).

2. *Fatos do mundo jurídico.* Os fatos do mundo ou interessam ao direito, ou não interessam. Se interessam, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo juridico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas, que assim os assinalam. Alguns entram duas ou mais vezes, de modo que a um fato do mundo correspondem dois ou mais fatos jurídicos. A razão disso está em que o fato do mundo continua lá, com a sua determinação no espaço e no tempo, a despeito da sua entrada ou das suas entradas no mundo jurídico: a morte de A abre a sucessão de A, dissolve a comunhão de bens entre A e B, dissolve a sociedade A Companhia, exclui a A na lista de sócios do Jockey Club e de professor do Instituto de Biologia ou de membro do corpo diplomático.

3. *Incidência da regra jurídica e juridicidade.* Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas —

isto é, normas abstratas — *incidam* sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os

"jurídicos". Algo como a prancha da máquina de impressão, incidindo sobre fatos que se passam no mundo, posto que aí os classifique segundo discriminações conceptuais. Só excepcionalmente a lei cogita de um só caso, sem que esse caso seja, sozinho, a sua classe. A generalidade não é, pois, essencial à lei; é exigência que, através da evolução humana, se vem fazendo á lei (Constituição Política do Império do Brasil, art. 179; Constituição de 1891, art. 72; de 1934, art. 113, 1); de 1937, art. 122, 1; de 1946, art. 141, § 1º de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, art. 153, § 1º de 1988, art. 59, *caput):* a regra jurídica há de ser igual para todos os fatos da mesma classe (isonômica). À lei é essencial colorir fatos, tornando-os fatos do mundo jurídico e determinando-lhes os efeitos (eficácia deles). Se a lei trata por igual fatos da mesma classe, a eficácia desses fatos será a mesma, se consideramos qualquer deles. A incidência da regra jurídica ocorre como fato que cria ou continua de criar o mundo jurídico; é fato dentro do mundo dos nossos pensamentos, — perceptível, porém, em Consequências que acontecem *dentro* do mundo total. Quando o Código Civil estatui que, "aberta a sucessão", isto é, morto alguém,

"o domínio e a posse da herança" se "transmitem", desde logo, "aos herdeiros legítimos e testamentários", estabelece ele que ao fato (jurídico) da morte suceda, imediatamente, o fato jurídico da transmissão dos bens; nenhum instante fica vazio entre a propriedade do falecido e a propriedade dos herdeiros. Tudo isso se desenrola mediante o pensamento, que está na regra jurídica (pensar vem de *pesar),* e incide nos fatos, ainda em queda *(incidere, cadere)* que só se passa no mundo dos nossos pensamentos, porém que nós *vemos* em suas Consequências: a entrada dos herdeiros na casa, a retirada dos objetos, o alojamento deles, a venda em leilão e a distribuição, entre eles, da quantia apurada; e que *ouvimos* nas conversações do escrivão do cartório, nas defesas dos advogados e nos julgamentos dos juizes. Foi por isso que E. 1. Belker *(Grundbegriffe des* Rectas, 51 e 64) frisou ser o direito objetivo (a regra jurídica que incide) espécie do *genus* "realidade espiritual", com os seus pressupostos e as suas Consequências (eficácia), isto é, ser "algo" autonomamente eficiente (em selbstãndig wirkendes Etwas). Coube-nos proceder á maior caracterização dessa "vida à parte", desse além da vida uterina (legislativa) da regra jurídica, de modo a mostrarmos a passagem do *político* para o *jurídico* (Subjektivismus und Voluntarismus im Recht, *Archiv fúr Rectas- und Wirtschaftsphilosophie,* 16, 552-543), quando começa, e só então começa, a *incidência* dela. As relações jurídicas, os direitos subjetivos, os deveres, as qualidades jurídicas das pessoas e

das coisas não se passam no mundo das percepções visuais e auditivas, gustativas e tácteis; passam-se, *são,* no mundo do pensamento, que é parte do mundo total, razão por que se colam a fatos do mundo perceptível e podemos provar, depois, teremse colado: toda prova de direito é prova de *fatos* que antecederam a ela, fatos sobre os quais a regra jurídica incidiu, e da *regra jurídica,* escrita ou não-escrita, como fato.

4. *Regra jurídica; incidência* in casu *e incidência em geral.* A regra jurídica refere-se, em abstrato, às espécies em que há de ser invocada. A sua generalidade é o que mais acontece, porém não é necessária; há regras jurídicas para classe de um caso só, ou, ainda, *para o caso.* Se, com isso, ela infringe o princípio de igualdade perante a lei, é questão que não interessa á Teoria Geral do Direito, onde só se há de pôr a definição do jurídico; nem à Parte Geral do Direito. Provavelmente, o princípio de igualdade perante a lei está inserto na Constituição e perante a Constituição é que se há de discutir o tema. A natureza abstrata das regras jurídicas não assenta no conceito ou no sentimento do *jurídico;* é fato de aparição posterior, quando já se apurara o sentimento de igualdade e à medida em que se ascendia na evolução social.

Pelo trato teórico e prático, as regras jurídicas são objeto de *pensamento* e momentos da *vida.* Ganham em sinais de identificação, em consistência de conteúdo, em rigidez, em relação ás outras, ao mesmo tempo que conseguem o máximo de elasticidade. Pensadas e vividas, através de gerações, podemos observar como se transformam e em que se diferenciaram, dando ensejo a regras jurídicas da mesma família mas inconfundíveis. Ao cabo de alguns séculos, são como seres vivos com que trabalhássemos e essa investigação incessante nos aponta o que são, a que servem ou desservem, qual o seu papel no sistema jurídico de que fazem parte.

5. *Noção exata.* Por outro lado, a nossa experiência das Consequências (eficácia) das regras jurídicas fez-nos ter de tais regras, —perceptíveis, porém nem sempre, em textos escritos, — a noção exata. São fatos do mundo dos pensamentos, fatos a que temos de atender por seu encadeamento histórico, por sua intensidade presente e pela previsão ou visão das suas Consequências.

1. *A regra jurídica como criação humana.* A regra jurídica foi a criação mais eficiente do homem *para* submeter o mundo social e, pois, os homens, ás mesmas ordenação e coordenação, a que ele, como parte do mundo físico, se submete. Mais eficiente, exatamente porque foi a *técnica* que mais de perto copiou a *mecânica* das leis físicas: x o; é força, poder (mecânica), e, ao chamar máquina ao que ele fez, o homem reconheceu que o seu produto se desprendia de si vem do trabalho primitivo, com madeira ou fios para tecido (que tem o mesmo étimo) e lá está a técnica, , da criança, mexendo com as coisas:

a criança mesma é curiosidade infantil está presente à política, à feitura das regras jurídicas; a regra jurídica vem após isso, já é resultado, já faz parte do mundo das *incidências,* dos fatos que se dão sem nossos atos. Regra jurídica é parte do rebanho distribuído, ou tomado (gótico *ninian,* velho alto alemão *neman,* anglo-saxônico *niman,* norês *nema,* tomar, de étimo que há, no latim, em *ad-imo* e em *emo,* comprar). Seja como for, nomo é fático, incidência de resultado, seja parte por distribuição, v o g ó;, ou v á k o;, uso, costume. Já seria tardio pensar-se em submissão; a regra jurídica já é fato do mundo, tal como existe e persiste no pensamento dos homens.

2. *Mundo jurídico.* O jurídico leva consigo muito de imitação do natural, de modo que a vida inter-humana regrada faz um todo fisico, vital, psíquico, dito social, em que as determinações se entrelaçam, com as incidências das regras jurídicas colorindo os fatos (fatos jurídicos) á medida que se produzem, persistem, ou desaparecem ou se extinguem. É nesse mundo que nós vivemos, e não no mundo físico puro, ou, sequer, no mundo biológico puro. E

mundo de leis científicas que os fatos *descrevem,* leis procuradas, que coincidam com os fatos, e de leis, em sentido amplo de regras jurídicas, que, em vez de coincidirem com eles, por serem feitas por nós, incidem neles. O

que é artificial, o que é técnico, mas irredutível, está aí: não foi nem é possível a regra jurídica de realização puramente *mecânica:* se ela coincidisse com os fatos, não precisaria de eventual aplicação; nem seria possível a cisão lógica e política “incidência-aplicação”.

Nenhum dos outros processos de adaptação social sofre isso, mas exatamente porque só ele conseguiu regras com a força de *incidência.* A religião “obrigatória” (incidente) seria tentativa de fazer também regras jurídicas todas as regras religiosas. A moral “obrigatória“

(incidente) seria a juridicização de toda a moral, que continuaria, no entanto, a participar da sua fluidez, da sua compacta e inaudível revelação (aplicação-incidência), e a ser por definição infixável. Política "obrigatória" (incidente) seria negação de si mesma: política é movimento, e exigir-se-lhe-ia não ser movimento; é ação, e teria de não ser ação. Arte „obrigatória" seria igual a não-criação.

Economia toda em regras incidentes seria economia que não veria o desigual e não proveria ao imprevisto, e não veria as igualdades: economia do déspota, ou de alguns déspotas, ou do igualitarismo puro, que é regressão á clivagem dos cristais, ao inanimado.

3. *Juridicidade* e *incidência.* Quando se escreve que o jurídico consiste em operação, confundem-se o fato da *incidência* das leis e o movimento mesmo da vida, que se faz contando-se com as incidências ocorridas, as presentes e as a ocorrerem. Nessa atividade, que é de interessados e dos agentes do Estado, há vontade; porém isso não é o jurídico: é o material em que o juridico cai (incide). Tais como as leis fisicas, biológicas e psicológicas, que governam a vontade (determinação fisica, biológica e psíquica), e não são vontade, também não no são as regras jurídicas que concernem às vontades e às suas declarações.

§ 4. Incidência da regra jurídica

1. *Respeitabilidade e incidência.* À incidência da regra jurídica tem-se chamado respeitabilidade. A palavra concorreu para muitos enganos, sendo o maior deles o de se procurar a *causa* desse respeito efetivo á regra jurídica: ora no intimo dos individuos, deslocando-se para o terreno psicológico o problema de física social; ora fora dele, no poder exterior de coerção, o que esvaziaria de elemento psíquico o fato social e reduziria a respeitabilidade á coerção eficiente. Se bem meditarmos, teremos de admitir que a incidência é no mundo social, mundo feito de pensamentos e outros fatos psiquicos, porém nada tem com o que se passa dentro de cada um, no tocante à adesão à regra juridica, nem se identifica com a eventual intervenção da coerção estatal. A incidência da lei independe da sua aplicação; sem aqui trazermos ábalha que os homens mais respeitam do que desrespeitam as leis, ou que as sanções são menos frequentes que as observâncias *(e.q,,* E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts,* 17), porque,

então, estaríamos no plano tático (físico) da sociologia do direito, em vez de nos mantermos no plano lógico da teoria geral do direito.

2. *De como incide a regra jurídica.* ~Como funciona o *incidir* das regras jurídicas? O problema de como incidem não se confunde com o de porque incidem, nem com o da especificidade do fato da incidência, em relação às outras regras sociais. A regra jurídica lá está, despregado o cordão umbilical ao órgão legislativo, se o houve; se o não houve, o mecanismo foi mais rudimentar: fatos passados realizavam a norma, ao mesmo tempo que ela os regia (costume). Numa e noutra espécie, ocorridos certos fatos-conteúdo, ou suportes fáticos, que têm de ser regrados, a regra jurídica incide. A sua incidência é como a da plancha da máquina de impressão, deixando a sua imagem colorida em cada folha.

3. *Incidência e* ignorantia iuris. A conduta contrária à regra jurídica talvez seja *desconhecedora* dessa. Não importa se a pessoa conhece, ou não conhece a regra jurídica: ela, por ser jurídica, incide, com ou sem esse conhecimento. Se a regra mesma violou princípio de publicidade, é outra questão e somente diz respeito à sua validade. De modo que é falsa toda teoria que ligue ao reconhecimento da regra jurídica a sua força de incidência, ou de aplicação. Não se pode dizer que se infringe a regra jurídica porque se *devia* obedecer a ela, uma vez que se lhe deve reconhecimento. A incidência da regra jurídica é indiferente o que se passa nas pessoas e até mesmo no que diz respeito aos seus atos de infringência. Essas descidas ao plano psicológico, quando se está a expor teoria geral do direito, são extremamente perigosas, por estranhas ao âmbito do direito. Se alguém se nega ao serviço militar, alegando motivo de crença religiosa, ou o direito trata como nenhuma a alegação, ou como escusa não admitida, ou formula outra regra, com alternatívidade (ou presta, ou, em vez de ir à força, sofre a pena *a)*. Em nenhum dos três casos, a regra deixa de incidir tal qual é, posto que, no terceiro, haja *duas* regras jurídicas.

A incidência das regras jurídicas não falha; o que falha é o atendimento a ela. Se se escreve, por exemplo, que,

“se há infração da regra juridica, a incidência da regra falha em *realidade,* está-se a falar em acontecimento do plano do atendimento (ai, dito da realidade), com os olhos fitos no plano das incidências, que é o do mundo jurídico, o plano do pensamento.

4. Alcance da incidência. A incidência das regras jurídicas é sobre *todos* os casos que elas têm como atingiveis.

Nesse sentido, as regras juridicas são de conteúdo determinado, e não se poderia deixar ao arbitrio de alguém a incidência delas, ou não. A regra jurídica distingue-se, pois, da arbitrariedade; e a aplicação mesma não pode ser arbitrária, posto que possa ser, *de iure condito,* errônea. Aqui, surge o problema das leis de exceção: tsão arbitrariedades do legislador, pelas fazer para caso particular, ou apenas leis de alcance reprovavelmente estrito e especial? Não há por onde excluirem-se da classe das regras juridicas, das leis, *as leis de exceção;* são leis como as outras leis, regras jurídicas como as outras regras jurídicas. Apenas a critica legislativa chegou à conclusão de que elas violam principio nascido da evolução humana, o *princípio de isonomia,* ou *igualdade formal,* segundo o qual todos os casos da classe de fatos sobre os quais as regras jurídicas incidem hão de ficar sob a incidência delas. A completa abrangência, como a generalidade, não é imanente ao conceito de regra jurídica. O princípio de isonomia ou igualdade perante a lei não é mais do que regra jurídica, embora tão importante, que se haja feito regra de direito constitucional e tenha de ser, algum dia, regra de direito das gentes. Quem escreva diferentemente deslizou do plano do direito para o da política, que é onde se discute *de iure condendo.*

5. *Aplicação da regra jurídica.* A incidência sobre os fatos, que a regra jurídica aponta, independente da aplicação, tal o que a caracteriza. Dai a possibilidade de mundo jurídico em que as diferentes situações coexistem, resultantes de múltiplas incidências. Dai, ainda, a submissão dos membros do grupo às leis, como fatos, pois a legitimidade independe da aquiescência, da adesão, ou da confirmação, fatos que seriam posteriores; a adesão é antenor ao órgão que legisla. Não importa como se obteve; pois que se trata de *fato.* Onde se estabelece a possível criação de regras jurídicas, que incidem sobre os fatos, permitiu-se a quem as cria tecer o mundo jurídico em que o direito *é.*

A doutrina alemã empregou o termo *Cúltigkeit,* em quatro sentidos diferentes: *a)* o existir; *b)* o incidir a regra jurídica; *e)* o ter força de aplicação; *d)* o valer. Daí ambiguidades e equívocos. Os que leram ou traduziram os escritores alemães cairam em semelhante engano, tanto mais quanto não distinguiram o existir e o incidir da regra juridica, ao

traduzir *Gúltigkeit* por “vigência”, ou não distinguiram incidir e ser aplicada a regra juridica, ao traduzi-lo por “ser aplicável”, ou não distinguiram incidir e valer, ao traduzi-lo por “validade”. Quando se inůire da razão de ser da existência da regra jurídica *mais* sua incidência, o nome apropriado é “força de incidência”, pois no conceito cabe a incidência já começada, a incidência que ora começa e a incidência ainda a começar.

Quando se inuire da razão de ser da sua existência, tãosó, o termo é forte demais: só se alude à razão de existir (=

~Porque é que há regras juridicas?). Como é vulgar acentuar-se, demais, o papel aplicador do Estado, trate-se de simples *dicere* bis, trate-se de se dizer o direito e de se aplicar a pena, alguns usam do termo para nomear a intervenção do Estado para aplicar a regra jurídica, ou, até, a força física de que ele lança mão contra a infração da regra jurídica (execução forçada com emprego de coação, repressão). Traduzidos em espanhol, inglês, ou português, os termos Gúltigkeit, *gúltig* e os outros, do mesmo étimo, dão ensejo a confusões lamentáveis, mais ainda do que na própria língua alemã.

O primeiro sentido (e, analiticamente, o inicial) é o de razão de ser: *a)* ~Porque é que a regra A é regra jurídica?

O segundo contém esse, mais o de começo e continuação da incidência: *h)* ~Porque a regra jurídica existe e porque incide sobre os fatos, podendo existir antes de incidir? O terceiro contém o primeiro e o segundo, e já previne quanto à resistência à regra jurídica: e) 3orque, se não se atendeu, ou se ameaça de não atender à incidência, o Estado procede como se retirasse o pano que cobria a mesa e, diante da *explicação* dos interessados, que é um desdobrar *(ex, plicare),* o reestende sobre a mesa *(ad, plicare)?* O quarto contém o primeiro e concerne à defeituosidade ou nãodefeituosidade do existir: *d)* Existir e não-valer, existir e valer.

A confusão entre o primeiro (ou segundo) e o terceiro foi causa de se digladiarem duas teorias — a do *imperativo* ou comando e a do *enunciado hipotético* de atividade do Estado. Aquela, sobre ser em si mesma falsa, trabalhou com o primeiro sentido, embora atenta ao fato eventual da atividade do Estado, a ponto de explicar a causa por um dos efeitos (a atividade do Estado, no caso de desatendimento da regra jurídica). Essa, trabalhando com o efeito, quis, explicando-o logicamente (pelo enunciado hipotético), elevá-lo a causa. Mais grave

ainda foi a atitude dos que tentaram conciliar as duas confusões. Não viram que o imperativo das regras jurídicas é pré-

jurídico, e não podia servir à definição delas, e admitiram que o Estado aplicando a regra jurídica, colabora na existência e incidência delas, — o que é falso. Entre o trato de tempo cheio pela atividade *política* legislativa de direito material e o trato de tempo cheio pela atividade *política* legislativa de direito processual está o direito material *(res in iudicium deducta)*. Esse elemento intercalar já é direito, — não é política; e é direito, e não politica, o sistema de regras processuais que a atividade legislativa, no segundo tempo, fez: a atividade do Estado, por seu órgão judicial, aplica assim o direito material como o processual. O que a um e outro é essencial é a incidência, o que a existência das regras, como juridicas, promete para agora, para logo depois, ou para mais tarde (raramente para antes). A regra juridica incide; e essa incidência é servida, para seu atendimento menos imperfeito possível, pela tutela jurídica, a que corresponde a pretensão à tutela jurídica, em suas múltiplas classes de aplicação das regras jurídicas. A atividade do Estado é que é hipotética; não a incidência da norma, razão bastante para se não pensar em definir a regra jurídica como enunciado hipotético, *no tocante á aplicação.* E de surpreender como a ciência européia confundiu o enunciado da regra jurídica "Se *a,* então a regra A" com o enunciado da aplicação "Se A e *a,* mas, no plano do atendimento, não-A, então A" (aplicação)".

Não há conciliarem-se teorias que não são verdadeiras. Conciliam-se teorias que são verdadeiras pelo menos em *parte* do que dizem.

Outro erro enorme — e esse de dames Goldschmidt — é o de se pensar que o direito judicial material substitui a ação ao direito subjetivo. Direito subjetivo, pretensão e ação pertencem ao direito material; não se confundem com a pretensão à tutela jurídica. Não há ação do direito judicial material; porque a pretensão à tutela jurídica é que, exercendo-se, *introduz* no plano processual a alegação do direito subjetivo, da pretensão e da ação *(res in iudicium deducta)*. O ato de pedir é exercício daquela pretensão, não dessa pretensão (de direito material) dirigida contra o réu, nem da ação: a ação é uma das alegações da *res in iudicium deducta.*

6. Tempo da incidência. (a) A lei, desde que existe, lei é; todavia, raramente a lei começa de incidir e a ser aplicável desde que existe. Se, nela mesma, publicada a 1ª, ou noutra, do dia 1º, se diz que

"entrará em vigor no dia 12", há, necessariamente, lapso entre a sua publicação, no dia 1º, e a sua vigência, de modo que surge a distinção conceptual entre *existência* e *incidência* da lei.

Incidência é eficácia; porém eficácia não é só incidência. A incidência distingue-se da aplicabilidade; egos negócios jurídicos *a* serão regidos, desde 12, pela lei A, mas a justiça só aplicará a lei A, no ano próximo". A aplicação, aí, está suspensa sem que o esteja a incidência.

(b) Há normas que disciplinam o que é licito e normas sobre o que é ilícito. "Se nada se declarar no sentido *a,* então não *a"* é regra sobre o lícito; "Se *a,* então haverá condenação *a* e, pois, a pena *a"* é regra sobre o ilicito. "A usura é proibida" é regra, ainda se em direito civil, sobre o ilícito.

O observador *por sobre* o direito vê as regras jurídicas como imperativos (lógica), como regras sociais (sociologia), como regras dirigidas "a quantos tenham de acatá-las" e como regras que sirvam ao julgamento da conduta. Assim, as regras de comando também podem ser vistas como regras para julgamento das ações e omissões: seriam, então, como as *Urteilsnormen,* normas de julgamento (cf. H. Maier, *Psycholoqie des emotionalen Denkens,* 701).

§ 5. Como se dá a incidência da regra jurídica

1. *Infalibilidade da incidência.* A *incidência* da lei, pois que se passa no mundo dos pensamentos e nele tem de ser atendida, opera-se no lugar, tempo e outros "pontos" do mundo, em que tenha de ocorrer, segundo as regras jurídicas. E, portanto, *movel.* Tal o jurídico, em sua especificidade, frente aos outros processos sociais de adaptação. A incidência ocorre para todos, posto que não a todos interesse: os interessados é que têm de proceder, após ela, atendendo-a, isto é, pautando de tal maneira a sua conduta que essa criação humana, essencial á evolução do homem e á sua permanência em sociedade, continue de existir. Donde dois interesses quanto à incidência: o da incidência em si mesma, que é o da inserção da regra no sistema jurídico e do qual nascem o direito e a pretensão à tutela juridica; e o da incidência *no que ela consegue,* nos fatos sobre os quais a regra jurídica incidiu. Alguns pensadores, antes e após os trabalhos do

psicólogo Pavlov e de seus discipulos, têm exagerado o papel da obediência na explicação dessa incidência da regra jurídica *(e.g.,* antes, E. 1. Bekker, *Grundbegriffe des Rechts,* 30) e apontado a *deformação* que a história fez no homem, fazendo-o "obediente". A *incidência* das regras jurídicas nada tem com o seu atendimento: é fato do mundo dos pensamentos. O

atendimento é em maior número, e melhor, na medida do grau de civilização. A *falta* no atendimento é que provoca a não-coincidência entre incidência e atendimento (= *auto-aplicação)* e a necessidade de *aplicação* pelo Estado, uma vez que não se tem mais, na quase totalidade dos casos, a aplicação pelo outro interessado (justiça própria, ou de mão própria).

2. *Eficácia da lei* e *eficácia do fato jurídico.* A incidência da regra jurídica é a sua eficácia; não se confunde com ela, nem com a eficácia do fato jurídico; a eficácia da regra jurídica é a sua incidência; a do fato jurídico, irradia-se, é juridicização das Consequências dele, devido à incidência. Cada regra de direito enuncia algo sobre fatos (positivos ou negativos). Se os fatos, de que trata, se produzem, sobre eles incide a regra jurídica e irradia-se deles (feitos, com a incidência, jurídicos) a eficácia jurídica. Já aqui estão nitidamente distinguidos, apesar da confusão reinante na ciência européia: a *eficácia da regra jurídica,* que é a de incidir, eficácia "legal" (da lei), eficácia nomológica (= da regra jurídica); e a efi *cácia jurídica,* mera irradiação de efeitos dos fatos jurídicos.

Seria erro dizer-se que é a regra jurídica que produz a eficácia jurídica; a eficácia jurídica provém da juridicização dos fatos (= incidência da regra jurídica sobre os fatos, tornando-os fatos jurídicos). Os fatos a que a regra jurídica se refere são ditar o dado fático, o *suporte fático,* da regra jurídica. No direito, como em outras ciências, o fato pode ser múltiplo, complexo, ou simples. A morte é fato simples, como o nascimento o é; o suporte fático da aquisição de bem imóvel não no é. Quando o suporte fático *suficiente* ocorre, a regra jurídica incide; e conduta humana, de tal maneira que trate o fato como se não houvesse incidido a regra jurídica, leva a duas operações indicativas de suma importância para a vida: *a)* a da definição do fato ou fatos componentes do suporte fático, e prova de que esse ocorreu; *b)* a da sua classificação segundo a regra jurídica, a respeito da qual alguém procede como se ela não houvesse incidido. As duas operações são o essencial da *aplicação* do direito.

Sem regra jurídica e sem fato, ou fatos, sobre os quais ela incida, não há fatos jurídicos e, pois, efeitos jurídicos.

Dai não se conclua que todo efeito tenha de ser efeito da lei ou do fato, por exemplo da vontade das pessoas (A.

von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* II, 4); todo efeito tem de ser efeito após a *incidência* e o conceito de incidência exige lei e fato. Toda eficácia jurídica é eficácia de fato jurídico; portanto da lei *e* do fato, e não da lei ou do fato.

3. *Fato jurídico* é plus *no mundo jurídico.* As Consequências da incidência são fato, como os outros, portanto algo *a mais* no mundo jurídico: surgimento, alteração (modificação), ou extinção de relações juridicas; direitos subjetivos e deveres jurídicos; pretensões, obrigações, ações, "ações" (no sentido processual), exceção de direito material e de direito processual; qualidades jurídicas das pessoas e das coisas; nascimento, modificação, extinção e encobrimento de direitos, pretensões, ações e exceções.

§ 6. Causalidade jurídica

1. *Causação.* A causalidade, no jurídico, prende-se à estrutura do pensamento humano e à sua descoberta de poder adotar, para os fatos, regras *que incidam.* Não é a lei que "ordena" incidirem as suas regras; as regras juridicas incidem, a lei incide, porque a lei e as demais regras jurídicas foram concebidas para esse *processo de adaptação social.* A incidência é, pois, o conceito típico: ela fica entre a lei como elaboração jurislativa e a eficácia que resulta do fato jurídico (= fato + incidência). Na feitura da regra jurídica, levam-se em conta os fatos; após a incidência da regra jurídica, dá-se a eles, juridicizados, irradiação de eficácia: tais efeitos são criações do espírito, de que podem provir efeitos do mundo físico; o produto do bem *a,* pertencente a A e a B, é *comum* (efeito jurídico) e isso permite (ou não permite) a divisão (fato físico). A causação, que o mundo jurídico prevê, é infalivel, *enquanto a regra jurídica existe:* não é possível obstar-se à realização das suas Consequências; e a aplicação *injusta* da regra jurídica, ou porque se não haja aplicado a regra jurídica, com a interpretação que se esperava, ou porque não se tenha bem classificado o suporte fático, não desfaz aquele determinismo: é o

resultado da necessidade prática de se resolverem os litígios, ou as dúvidas, ainda que falivelmente; isto é, da necessidade de se julgarem os desatendimentos à incidência.

2. *Lugar e tempo das regras jurídicas.* Tanto as regras jurídicas quanto os fatos surgem no espaço-tempo: há lugar e tempo para a incidência da regra jurídica; e lugar e tempo para os fatos sobre os quais tem de incidir. A regra jurídica é fato no espaço e no tempo, a sua incidência situa-se no espaço e no tempo; e os fatos mesmos têm o seu lugar e o seu tempo. Quem invoca direito, pretensão, ou ação, ou exceção, alude á regra jurídica, à lei, em sua materialidade, em seu lugar e em seu tempo, alude aos fatos que devem ter sido causadores do seu surgimento, ou modificação, e alude aos seus efeitos. Quem nega esse direito, essa pretensão, ou ação, ou exceção, alude a fatos que não seriam compatíveis com o direito, com a pretensão, ou com a ação, ou com a exceção, ou a fatos que extinguiram o direito, a pretensão, ou a ação, ou a exceção.

3. *Causalidade da eficácia jurídica.* Enquanto a causalidade dos fatos, elementos do suporte fático, é, de ordinário, a física ou natural, a causalidade da eficácia é jurídica, isto é, segundo o que estabelecem as regras jurídicas. Dentro do mundo jurídico, em que se introduziu o fato ou complexo de fatos, fazendo-se jurídico, *toda* irradiação dele é segundo os critérios que as regras jurídicas tenham adotado e há de parar onde a regra jurídica o diga. Ainda quando, excepcionalmente, o critério seja o da causalidade física ou natural, foi a regra jurídica que o fez conteúdo seu. Tal dependência da eficácia em relação às regras jurídicas é expressa pelo *princípio da causalidade jurídica da eficácia jurídica.* O direito prescinde da causalidade fática, porque cria nos pensamentos o seu mundo.

§ 7. O suporte fático

1. Composição *do suporte Fático.* O suporte fático *(Tathestand)* da regra jurídica, isto é, aquele fato, ou grupo de fatos que o compõe, e sobre o qual a regra juridica incide, pode ser da mais variada natureza: por exemplo, *a)* o nascimento do homem, b) o fato físico do mundo

inorgânico, *c)* a doença, *d)* o ferimento, *e)* a entrada em terrenos, f a passagem por um caminho, *g)* a goteira do telhado, *li)* a palavra do orador, *i)* os movimentos do pastor diante do altar, *j)* a colheita de frutos, *k)* a simples queda de fruto. E incalculável o número de fatos do mundo, que a regra jurídica pode fazer entrarem no mundo jurídico, — que o mesmo é dizer-se pode tornar *fatos jurídicos. Já* aí começa a função classificadora da regra jurídica: distribui os fatos do mundo em fatos *relevantes* e fatos *irrelevantes* para o direito, em fatos jurídicos e fatos ajurídicos. Dentre as Consequências que o fato jurídico pode ter, somente algumas têm interesse para o direito de modo que, ainda a respeito da eficácia jurídica, a regra jurídica escolhe o que há de ser a projeção de eficácia do fato jurídico. Em verdade, poucos são os efeitos (Consequências) do fato, sobre o qual incidiu a regra (= que se tornou jurídico), que o direito faz serem efeitos jurídicos; muitos são criações do próprio direito, por serem estranhos à causação física. Essa atribuição de efeitos Ouridicos), a que Ernst Zitelmann *(Irrtum und Rechtsgeschàft,* 206) aludia, não exaure o fato da irradiação.

Certamente, os fatos são considerados jurídicos (= introduzidos no mundo jurídico), *para que* tenham eficácia jurídica; porém não basta, para defini-los, o dizer-se que os fatos jurídicos são os fatos dotados de eficácia jurídica. Por imediata que ao fato jurídico seja a eficácia dele, devemos *abstrair* da "posteridade" do fato quando temos de o definir. O fato jurídico nulo pode produzir, excepcionalmente, efeitos, e não seria isso, certamente, argumento para se refugar a definição do fato jurídico por sua eficácia, isto é, por seu posterius; o fato jurídico nulo é, existe. Mas é argumento suficiente, para se evitar a definição do fato jurídico por sua eficácia, o poderem ser *longe* do definido, no tempo, quiçá também no espaço, o definitivo: há fatos jurídicos cuja eficácia é protraída, como o testamento. Fato jurídico é o suporte fático que o direito reputou pertencer ao mundo jurídico.

A *entrada* dele nesse mundo, e não a sua *permanência eficaz* é que o pode definir. Não entra, sempre, todo ele.

As mais das vezes, despe-se de aparências, de circunstâncias, de que o direito abstraiu; e outras vezes se veste de aparências, de formalismo, ou se reveste de certas circunstâncias, fisicamente estranhas a ele, para poder entrar no mundo jurídico. A própria morte não é fato que entre nu, em sua rudeza, em sua definitividade, no mundo jurídico: se ocorreu, sem que as circunstâncias o fizessem fato "conhecido", tem-se de aguardar a prova, talvez a prova por presunção; se não ocorreu, mas esgotaram-se todos os meios para se provar, tem-se por muito tempo como fato não-acontecido. Por outro lado, há regras jurídicas

que se concebem para que se levem em conta qualidades das pessoas, ou certa classe, pequena, de pessoas, e regras jurídicas que se concebem para que se abstraia das pessoas. Tratando-se de atos (humanos), de ordinário a regra jurídica abstrai dos motivos, do subjacente psíquico, e incide sobre o ato, a certo momento de suficiente exteriorização.

Deficiência no estudo da regra jurídica e do seu suporte fático levaram escritores como R. Ryck (lrrtum bei Rechtsgeschãften, *Festgabe fOr* Georg Beseler, 132), a verem nos atos jurídicos normas concretas, regras privadas, ou a somente terem os atos jurídicos como suportes fáticos (E. Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschàft,* 225 e 233). Tais atitudes eram falsas posições: o suporte fático *ainda* está no mundo fático; a regra jurídica cobre-o, fazendo-o entrar no mundo jurídico. Ato jurídico não é regra jurídica. Passa-se com os atos jurídicos o mesmo que com os demais fatos jurídicos.

2. *O extrajurídico.* O direito, na escolha dos fatos, que hão de ser regrados (= sobre os quais incide a regra), deixa de lado, fora do jurídico, muitos fatos, que a alguns observadores e estudiosos parecem dignos de regulação; mas esse julgamento dos técnicos do direito, ou dos não-técnicos, por mais procedente que seja, só se pode passar no plano *político, moral* ou científico, e nenhuma influência pode ter na dogmática jurídica.

Enquanto a regra se nao transforma em regra jurídica, isto é, enquanto não se faz incidível, cabe a crítica; não, depois. Só o direito separa os fatos que ele faz serem jurídicos, precisando linhas entre o jurídico e o *aquém* ou o *além* do jurídico (não-jurídico), como tira, ou acrescenta, ou altera alguns desses fatos para os fazer jurídicos; de modo que, ainda no tocante aos fatos do suporte fático das regras jurídicas, o direito procede a *esquematização do* mundo físico, a fim de o fazer, até certo ponto e dentro de limites precisos, jurídico *(principio da esquematizaçâo do Fático)*.

(Quem afirma ser a regra jurídica toda a fonte de eficácia jurídica *abstrai* do suporte fático. Quem afirma que "é do suporte fático que nascem os efeitos e a regra jurídica apenas os liga", esse não abstrai da regra juridica, mas põe-na acima da determinação jurídica, de modo

que só se vêem suportes fáticos e efeitos, e dá à lei papel semelhante ao das leis naturais. Assim, Ernst Zitelmann, Die juristiscbe Willenserklarung, *Jahrbúcher fOr die Dogmatik,* 16, 373. Porém isso seria assimilar umas às outras, em vez as distinguir para as definir: o que caracteriza a regra jurídica, como lei, é a incidência. O fato, em si mesmo, não surte eficácia; é preciso que a lei incida sobre ele, que o faça jurídico: do fato juridico é que ela dimana.)

§ 8. Entrada dos fatos no mundo jurídico

1. *Variedade dos fatos jurídicos.* Compreende-se que seria imensamente útil conhecerem-se a *diferença* e os *traços comuns* dos fatos que o direito faz entrarem no mundo jurídico. Mas a variedade é tal, que muitos teriam de ser os critérios para as classificações, muitos os traços comuns a subclasses, e muitas as classes e subclasses de poucos, ou, mesmo, de um fato só. A dicotomia "fatos do mundo físico e animal" e "atos humanos" é exaustiva, podendo-se alterar em "fatos do mundo físico e biológico (inclusive do homem)" e "atos humanos".

Os atos dos seres vivos, exceto o homem, estariam na primeira classe, bem assim os fatos da vida humana que não fossem atos humanos. Esses são de importância capital no direito privado e no direito penal. Também se consideram atos os *atos continuativos* e os *complexos de atos* que entram num só conceito. Os atos humanos ainda se distinguem em ações (e omissões) e exteriorizações de vontade. As *comunicações* de conhecimento têm significação especial, que a seu tempo se há de estudar. De regra, os fatos psíquicos internos não interessam ao direito, porém esse permite, excepcionalmente, a descida a eles, se se trata de determinar fato exterior, ou se estão em relação com esse, de modo a servirem à classificação desse. Nos sistemas jurídicos, que têm o juramento como meio de prova, esse pode referir-se a fatos externos que não deixaram traço suficiente, ou a fatos psíquicos internos. Se a regra jurídica faz descida à vida psíquica interna, às vezes o fato psíquico interno é suscetível de revelar-se por fato psíquico que se exteriorizou, ou por seqüência de atos (conduta). Na maioria dos casos, o direito prescinde de descida à vida psíquica interna, ou se satisfaz com o fato externo mais próximo do fato psíquico interno.

O direito privado quase só se interessa por atos humanos e por fatos humanos, ou extra-humanos, porém que estão rentes àvida diária:

concepção, nascimento, idade para capacidade, morte; criação de coisas, modificações, união e separação, divisão e junção, partilha e extinção de coisas.

2. *Fatos juridicizáveis.* Os fatos juridicizáveis (= suscetíveis de entrada no mundo jurídico) podem ser acontecimentos simples, acontecimentos em complexo, estados ou acontecimentos continuativos. O

acontecimento simples é aquele que não se pode desagregar em dois ou mais. E o f *ato atômico* de L.

Wittgenstein. Tem o seu lugar e o seu momento, ainda que nem sempre se possam precisar, ou sequer deles ter-se conhecimento exato *(e.g.,* morte em viagem, por naufrágio ou queda de avião). São *acontecimentos* os fatos relativos ao mundo externo, ou ao mundo interno (comunicações de vontade e comunicações de conhecimento, declarações de vontade, atos) se tomados como fatos externos; são *estados* as atitudes ou permanências fáticas em que os fatos são tomados como revelação ou prova de alguma qualidade ou circunstância. A situação da coisa é estado; o achar-se *aqui* e *agora* ou ter-se achado aqui e no dia 10, às 8 horas, é acontecimento. O extravio da letra de cambio é acontecimento; o permanecer extraviada é estado. Ter feito exame de direito civil, ou ter vencido concurso de direito penal, é acontecimento; saber direito penal é estado. A separação judicial é fato; o ser separado judicialmente é estado. O estado é a continuidade de um acontecimento, ou a continuidade que o acontecimento estabeleceu. Porém o conceito de estado é tal que se pode conceber o estado, enunciar-se algo sobre a existência dele, e não se conhecer, ou, até, não ser cognoscivel o acontecimento inicial, punctual, de que ele veio.

3. *Fatos jurídicos, positividade e negatividade. (a)* Os *Fatos jurídicos* podem ser *positivos* ou *negativos.* Há regras jurídicas cujo suporte fático é o não acontecer, o não ter acontecido, a abstenção, a omissão, o silêncio. O

não-acontecer supõe previsibilidade, de modo que, tendo-se previsto (ou esperado) A, A não acontece. O nãoacontecer, como fato negativo, está em nós, e não na causação, que é só afirmativa (cadeia de acontecimentos positivos); porém, na ordem dos atos humanos, que é quase toda assistida por nós (homens, ruas, veiculos que direta ou

indiretamente os homens conduzem, animais que os homens guardam, entidades coletivas compostas de homens e dirigidas por homens, obra e trabalho humanos), a previsão é fato de cada momento e tem-se de contar com o ato e a omissão, com o acontecer e o não-acontecer. Não há diferença, aí, entre as duas causalidades, a do mundo físico e a do mundo jurídico; apenas nesse inserímos previsão e espera, o que dá significação de *causa* ao que nãoaconteceu, se devia ser esperado que acontecesse, ou se devia não se ter dado o não-acontecimento.

Muitos acontecimentos e estados jurídicos são tratados como positivos e como negativos: se A *(e.g.,* boa-fé), A"; se não-A (e.g., má-fé), A". Outras vezes, a regra jurídica somente leva em consideração o acontecimento ou estado positivo, ou só o negativo, e o acontecimento ou estado negativo, ou o estado positivo é irrelevante para o direito.

4. *Ligação dos fatos a alguém.* Os fatos juridicizáveis, estão, *sempre,* ligados a alguma pessoa, ou porque digam respeito a ela (nascimento, maioridade, morte, casamento), ou porque atinjam a sua esfera jurídica, ou se refiram a seu modo de atuar. O direito obtém a adaptação social, que o faz processo social específico, através de relações *entre* pessoas e de ligações *a* pessoas. A mina, que se descobre, há de ser ligada a alguém (ao proprietário da terra, ao que a descobriu, ou a quem teve permissão ou autorização para as pesquisas, ou ao Estado). A posse, que nos dá a relação jurídica mais material, é ligada a alguém. Porém essa ligação não tem sempre a mesma intensidade, nem se estabelece como seria de prever-se. Há ligações eventuais, eficácia em esfera jurídica alheia, donde falar-se de *eficácia reflexa,* ou de efeito reflexo. Note-se, porém, que, ai, é a eficácia mesma que se liga, e não o suporte fático. (O assunto pertence a *teoria da eficácia jurídica,* e não à *teoria da incidência da regra jurídica,* ou à *teoria dos fatos jurídicos.)*

5. *Simplicidade e complexidade dos suportes fáticos. a)* De ordinário, os suportes fáticos são complexos: há dois ou mais de dois fatos, diferentes, na composição deles. As vezes, compõem-no dois ou mais fatos em série; outras vezes, o fato é único, ou só se tiram dele os elementos que interessam à regra jurídica. Dentre os suportes fáticos complexos, os de mais importância no direito, por isso mesmo que o são também na vida quotidiana, são os suportes fáticos constituídos por atos da mesma ou de duas ou mais pessoas. Há-os, também, em que ao ato ou aos atos se ha de juntar acontecimento, ou supõem

estado durante o qual se dêem os atos ou os acontecimentos.

b) O fato pode ser só temporal, punctual; e.g., a data tal; ser temporal lineal, e.g., o tempo para a prescrição. A morte do homem é temporal punctual, mas unida à existência do homem, portanto não só temporal (unidimensional). Ocorre o mesmo ao nascimento, à maioridade, à ausência. A morte do animal épunctual, mas unida à existência do animal, que é objeto de direito; daí preferir-se "perecimento" *(per-escere, escil = erit, escunt = erunt,* cf. XII Tábuas), que podia referir-se ao *ser* em geral, animal ou coisa. A usucapião mesma, quando se lhe exige o requisito da boa-fé, liga-se, no suporte fático, a fato psíquico daquele, a favor de quem o prazo corre; sem que, com isso, se una, se funda um fato no outro.

c) O fato espacial puro encontra-se raramente no direito mas há-o. O viajante, que cruza a fronteira, para onde vai, conhece-o: os bens que vão com ele são os mesmos; no entanto, o simples fato do novo território, do *situs,* o fato espacial *de* achar-se no Estado B, em vez de continuar no Estado B, o submete a outra lei, ou à lei conteúdo de outra lei; a tomada de residência é outro fato espacial puro, posto que *o* não seja a tomada de domicilio.

d) Os fatos temporais + *x,* ou os fatos espaciais + *x,* são fatos complexos. Teremos ensejo de tratar, a fundo, dos fatos, atos e negócios complexos.

§ 9. Suficiência do suporte fâtico

1. *O que se há de conter no suporte fático.* Para que se dê a incidência da regra jurídica, é preciso que todo o *suporte fático* necessário exista. Se esse suporte fático não é suficiente, ou há outra regra que atenda a essa insuficiência para a primeira regra e tenha o fato como suficiente para ela; ou não na há, e a regra jurídica deixa de incidir. Somente depois de se saber se a regra jurídica incidiu, é que se pode indagar da produção de eficácia jurídica: ainda quando simultâneas incidência e eficácia, aquela é *prius* lógico. A prova do suporte fático (e da sua suficiência) é, portanto, da maior importância. Tem-se, em princípio,

de provar o acontecimento, ou o estado, seja positivo ou seja negativo. Logicamente, já se invocou e se mostrou qual a regra jurídica. Agora, invoca-se, prova-se o suporte fático, em que ela incidiu, incide ou vai incidir. Alguns acontecimentos e estados são de prova difícil; a técnica legislativa tem procurado obviar aos inconvenientes da dificuldade de dados sobre o fato, em sua existência, lugar e tempo (ou trato de tempo, como é o caso das prescrições e da usucapião, ou ponto de tempo, como é o caso das denúncias para se evitar prorrogação ou resolução etc.). Nesse intuito de facilitação, chega-se, às vezes, ao extremo de se admitir a suficiência da invocação da regra jurídica *(furo nouit curio)* e a da alegação do fato, cabendo ao adversário o ônus da prova contrária. Por outro lado, a regra jurídica pode ser concebida para o geral, mas admitir atenuações, gradativas ou não, e *exceções,* além das *limitações* que são comuns a todas.

Então, há dois suportes fáticos: o da regra juridica e o da regra jurídica atenuação, ou exceção. A limitação é apenas a negação do suporte fático da regra jurídica geral. Somente em relação à regra jurídica geral é que se pode falar de elementos constitutivos e de elementos negativos ou obstativos (limitações, atenuações e exceções) e essa dependência lógica torna de escasso valor a distinção. Tanto mais quanto a limitação não obsta, nem nega: é o acabar da extensão dos elementos constitutivos. As atenuações são transformações da regra jurídica; donde tantas regras jurídicas quanto os suportes fáticos. As exceções excluem e, pois, limitam; ou obstam em parte e existem por si, como regras jurídicas. Mais ainda: no plano do direito material, a incidência opera-se indiferente à classe dos suportes fáticos, se é o da regra juridica incidente; no plano processual, é que se separam, no *tempo,* a postulação dos elementos constitutivos e a postulação dos elementos negativos ou obstativos.

2. *Fatos prováveis.* A probabilidade dos fatos, positivos ou negativos, pode ser suporte de regras jurídicas.

Sempre que a regra jurídica se satisfaz com o risco, o perigo, ou a ameaça, faz suficiente suporte fático seu a probabilidade.

3. *Elementos do suporte Fático.* Os elementos que o direito escolhe como suficientes, sós ou em complexo, dentre os fatos do mundo, podem ser fatos físicos ou biológicos, ou fatos psíquicos. Tanto se leva em conta causalidade entre ato e dano quanto a coação, ou o erro ou o dolo quando se trata de validade das declarações de vontade. Também, no

tocante ao enriquecimento indevido, se hão de computar acréscimos e perdas, dentro de critério de causalidade.

§ 10. Suporte *fático* e pluralidade de regras jurídicas

1. *Múltipla incidência* O mesmo fato ou complexo de fatos pode ser suporte fático de mais de uma regra jurídica.

Então, as regras jurídicas incidem e fazem-no fato jurídico de cada uma delas, com a sua respectiva irradiação de eficácia. No mundo jurídico, ele é múltiplo; entrou, ou reentrou por várias aberturas, levado por diferentes regras jurídicas, sem deixar de ser, fora desse mundo, ou nele mesmo, inicialmente, um só. Nada impede que o mesmo fato seja suporte fático de regras de direito civil, de direito penal, de direito processual, de direito constitucional ou de direito das gentes (K. Hellwig, *Prozesshandlung und Rechtsgeschàft,* 3); às vezes, é suporte fático de regras de sistemas jurídicos de diferentes Estados.

2. *Irradiação de efeitos.* Se, no mesmo Estado, o mesmo fato é suporte fático de duas ou mais regras juridicas, cada uma incide; e do fato jurídico produzido irradiam-se os efeitos respectivos, salvo se outro elemento do suporte fático faz só uma ter de incidir. Elementos diferentes podem juntar-se de modo que haja elementos comuns, que façam jurídico certo fato (suporte fático mínimo comum), e elementos que, junto àqueles, determinem o suporte fático de outras regras. Em Estados diferentes, passa-se o mesmo.

3. *Múltipla incidência da mesma regra jurídica.* A múltipla incidência pode também ser da mesma regra jurídica (e.g., regra de decreto do Presidente da República, que era *contra legem,* mas, pela mudança da legislação, o Poder Executivo reedita-a, já sem vicio: há duas incidências).

4. Regras jurídicas negativamente formuladas. Advirta-se em que há regras jurídicas, cujo suporte fático, colorindo-se com a incidência, nem por isso *entra* no mundo jurídico. Assim, essas regras jurídicas, em vez de serem regras *juridicizantes* (isto é, que tornam fatos jurídicos os suportes fáticos), exatamente se formulam em termos de negação: não dizem que o suporte fático A é suficiente; dizem que o suporte

fático, ou porque algo lhe falte, ou algo haja ocorrido que o desfalque, não é *suficiente* para a entrada no mundo jurídico. Não são, porém, tais regras jurídicas senão formulações negativas de regras jurídicas de suficiência: há sempre uma regra jurídica, explícita ou implícita, que diz qual o suporte fático suficiente.

5. *Juridicização.* Se a regra jurídica diz que o suporte fático é suficiente, a regra jurídica dá-lhe entrada no mundo jurídico: o suporte fático juridiciza-se (= faz-se fato jurídico). Se ela, diante de fato jurídico, enuncia que o fato jurídico vai deixar de ser jurídico, isto é, vai sair, ou desaparecer do mundo jurídico, *desjuridiciza-o.* Ali, a regra jurídica é *juridicizante;* aqui, *desjuridicizante.*

6. Insuficiência do suporte fático. Se a regra jurídica diz que o suporte fático não é suficiente, ou que algo aconteceu que o desfalcou, tal regra jurídica pré-juridicizante não torna jurídico o suporte fático: incide sobre ele para lhe vedar entrar no mundo jurídico. Em vez de o receber à porta do mundo jurídico, já o afasta lá fora, no *mundo fático.* Já explicamos que essas regras jurídicas são a formulação negativa de regras jurídicas que dariam entrada ao suporte fático. A regra jurídica positiva enuncia; A é suporte fático *suficiente;* a regra jurídica negativa enuncia: A — *a* é insuficiente. Daí se pode tirar, se antes não se enunciou, que A é suficiente.

§ 11. Topologia dos *fatos*

1. *Lugar e tempo.* Os fatos (atos, acontecimentos; estados) são no tempo e no espaço. Têm *data* e têm *lugar.* Há" momentos" e "tratos de tempo" que são assaz relevantes para o direito: *a)* o tempo em que ocorre cada um dos fatos em que consiste o suporte fático; *b)* o tempo em que se compõe o suporte fático; *c)* o tempo em que a regra jurídica é edictada e, pois, *só* outra regra jurídica a derrogaria, ou ab-rogaria; *d)* o tempo em que se dá a incidência da regra jurídica sobre o suporte fático, que é o tempo em que o fato, ou fatos, que o compõem, se tornam fatos jurídicos; *e)* o tempo, ou tempos, em que se opera (desde e até quando) a eficácia do fato jurídico; fl o tempo em que se extinguem os efeitos do fato jurídico; *g)* o tempo em que o fato

jurídico deixa de ser jurídico, inclusive o suporte fático ou por ter deixado de ser suficiente, ou por ter deixado de ser, ou por ter já deixado de ser a regra jurídica que o fazia jurídico. Por onde se vê o que é, como fato do mundo, o fato jurídico.

2. *Sucessão e simultaneidade.* A relação de tempo entre os elementos do suporte fático apresenta extrema variedade. Ora se exige que haja entre os fatos *contemporaneidade (e.g.,* as declarações de vontade de duas pessoas que se casam), ora a *sucessividade imediata (e.g.,* as vendas e compras de balcão), ora *a sucessividade dentro de prazo,* ora a *sucessão em ordem* (e.g., escritura pública de venda e compra de bem imóvel e registro no Registro de imóveis), ora a simples *complexidade (e.g.,* começase a letra de câmbio pela assinatura ou pelo preenchimento do texto impresso). Nos casos de suportes fáticos em que há acontecimento e estado, em princípio esse tem de existir ao se dar aquele: para a transmissão eficaz da propriedade (eficácia), é preciso que ao tempo do ato de transmissão (acontecimento) o alienante seja proprietário do bem móvel (art. 622); porém à venda e compra, nos sistemas jurídicos em que o contrato é consensual, não se exige o estado, basta o fato complexo das declarações. Se, mais tarde, o alienante adquire a propriedade, o contrato de venda e compra, que somente poderia ser cumprido com o sucedâneo das perdas e danos, *estende* a sua eficácia. Ai, o direito, tendo deixado de impor a contemporaneidade do fato e do estado, abre portas à aparição posterior do estado a regra jurídica supõe que os fatos se devem encadear causalmente (= em relação de causa e efeito), para que haja *suficiência* do suporte fático, é a determinação física, ou algum critério probabilístico, que responde se houve, ou não, a causação. Donde duas causalidades: a física ou natural, quanto ao suporte fático; e a jurídica, segundo a regra jurídica, entre o suporte fático tornado jurídico e tudo que entra na sua irradiação de eficácia. Tanto é rara a intervenção da regra jurídica naquela causalidade quanto o é rejeição do critério segundo as leis naturais.

3. *Coexistência da regra jurídica e do suporte fático.* A coexistência do suporte fático e da regra jurídica, que sobre ele caia, é indispensável, porque, ainda nos casos de regras jurídicas retroativas, a retroatividade ou *a)* é da eficácia, ou *b)* é a da incidência, *por arbitrariedade.* Dizer que o fato do tempo A, que passou, tem de ser regido pela regra jurídica do tempo C, equivale a admitir a reversão do tempo e regular relações inter-humanas que já desapareceram.

Menor é a arbitrariedade da eficácia retroativa, que é só no domínio da eficácia. Regra jurídica e suporte fático hão de existir no momento em que se dê a *incidência.* Não é preciso que ocorra no momento da *aplicação.* Nesse, pode ser que o suporte fático já não seja, e a regra jurídica ainda seja; ou vice-versa. Hão de ter coexistido antes, em algum momento, que é aquele em que se afirma ter a regra jurídica incidido. Se não houve a coexistência, a atitude do legislador *post facto* e a do direito livre são a mesma: contrariam a irreversibilidade do tempo, que tanto rege o mundo físico quanto o biológico e o social. No momento da aplicação, é diferente: de ordinário, o juiz está a tratar de passado, de incidências que se deram, sem qualquer atenção ao presente e ao futuro; às vezes, não lhe incumbe, sequer, examinar a eficácia presente ou a eficácia futura.

§ 12. Tempo

1. *Função do tempo.* O tempo não é fato jurídico, de per si. O tempo entra, como fato, no suporte fático de fatos jurídicos. Ora, com ele, nascem direitos, pretensões, ações, ou exceções; ora, com ele, acabam; ora, com ele, se dão modificações de ordem jurídica, que atingem direito, pretensões, ações, exceções, deveres, obrigações e situações passivas em ações e exceções. *Termo* diz-se o trato de tempo, quiçá o minuto, em que se inicia, ou acaba o tempo medido; *prazo,* o lapso entre dois termos, inicial e final.

2. *Fatos positivos e fatos negativos.* O tempo, como quarta dimensão que é, pode ser tido como extensão em que fatos positivos, ou fatos negativos ocorram. Se o ser humano atinge os dezesseis anos de idade, cessa a incapacidade absoluta; se atinge os vinte e um e ainda não se tornou capaz, torna-se desde esse dia. O possuidor do imóvel, que, ainda sem título e sem boa-fé alcança tê-lo durante vinte anos, adquiriu-o por usucapião longa. O

cônjuge, que pratica conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum, faz nascer ao outro cônjuge a ação de separação judicial. A eficácia é, de regra, *ex nunc.* Casos há, porém, em que eficácia é *ex tunc,* como se, inválido o casamento, por ter sido contraído perante autoridade competente, qualquer dos cônjuges não

o alegou dentro em dois anos da celebração, ou se não o alegou qualquer outro legitimado a fazê-lo (art. 208). Outras vezes, a lei ou a vontade dos figurantes estabelece que o suporte tático não é suficiente se, dentro de lapso de tempo, algum fato se deixa de realizar. Tal como se, tendo sido feito testamento marítimo, o testador não morre na viagem, nem nos três meses subsequentes ao seu desembarque em terra onde pudesse testar em forma ordinária (art. 1.658), ou se, feito testamento militar, depois dele esteve o testador, por três meses, em lugar ou lugares em que pudesse testar na forma ordinária (art. 1.662, cf. art. 1.661), ou se, tendo sido feito testamento militar nuncupativo, o testador não morreu na guerra e convalesceu (art. 1.663). Nada impede que os figurantes estabeleçam limite temporal à composição sucessiva, do suporte tático.

3. *Nascimento e extinção de direitos; prescrição.* O tempo pode ser elemento do suporte fático, para que, incidindo a regra jurídica, nasça o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, com eficácia *ex nunc,* ou *ex tunc.*

Também os figurantes podem estabelecer que o tempo seja elemento necessário ao surgimento de direitos, pretensões, ações, ou exceções. Lei e figurantes empregam, em geral, a mesma técnica.

Dá-se o mesmo quanto à extinção dos direitos, das pretensões, das ações e das exceções. Então, o efeito do fato jurídico deixa de ser, não raro com eficácia *ex tunc*. É preciso, porém, que se não confunda a extinção dos direitos, pretensões, ações e exceções com a prescrição, que nada extingue. A prescrição apenas encobre eficácia da pretensão, ou apenas da ação. Não a elimina. Conforme teremos de ver, não há prescrição do direito ou da dívida, o que há é prescrição da pretensão ou só da ação. Para sermos mais exatos, devemos dizer “prescrição da pretensão“, porque o que fica encoberto é a pretensão, desde o momento em que o devedor alega a prescrição, isto é, exerce o seu direito de exceção por prescrição.

Algumas vezes, a dimensão do tempo apenas serve para se dizer que a prestação deve ser feita dentro de certo prazo, ou a partir de certo momento. Nada tem isso com o nascimento, ou a extinção, ou a prescrição.

4. Determinação , na dimensão do tempo. O prazo pode ser estabelecido pela lei, pelo juiz ou outra autoridade estatal, ou paraestatal, ou pelo acordo dos figurantes, ou por determinação de um dos figurantes, ou do único figurante. A fixação unilateral ou restringe, no tempo, a prática de algum ato por parte de outrem, tal como se dá nas promessas de recompensa em que o promitente assinou prazo à execução da tarefa (art. 1.514), ou é exercício de direito formativo, pelo qual se modifica o conteúdo de algum direito, de alguma pretensão, ação, ou exceção.

Como o direito serve à vida, e não a vida ao direito, devem os prazos ser acomodados a circunstâncias, de modo que não tirem todo o efeito jurídico aos atos jurídicos.

De ordinário, quando acontece o fato começa o prazo. Algumas vezes, mas excepcionalmente, é contado do momento em que o interessado teve conhecimento do fato. No direito processual, a exceção faz-se regra: os prazos processuais começam de correr com a notificação ou intimação da decisão. Em geral não se interrompem, nem se suspendem. Somente em matéria de prescrição é que passa a ser regra a suspensibilidade e a interrom-pibilidade.

Sempre que se trata de prorrogação, o novo prazo conta-se desde que terminou o prazo prorrogado; isto é, não há solução de continuidade, nem, sequer, se há de pensar em superposição, tal como ocorre com a renovação.

§ 13. Configuração do suporte fátíco

1. *Suporte fático e variação.* A configuração do suporte tático é extremamente importante: ou a regra jurídica concebe o suporte tático em esquema rígido, indeformável; ou, para cada deformacão , ou alteração, que lhe não mude os elementos-cerne (= elementos comuns), *outra* regra jurídica intervém e incide. Tem-se procurado distinguir o que é essencial e o que não é essencial no suporte fático; porém tal distinção desatende a que, se algo não é essencial, a regra jurídica incide, a despeito da falta, e não se há de pensar em que faça parte do suporte tático. O suporte tático então é apenas a soma do que é essencial. Se a regra jurídica deixar perceberem-se diferenças entre

elementos do suporte tático, é que há, na verdade, duas ou mais regras jurídicas. Se a regra jurídica A considera necessários *a, a*‟ e a” para que o fato seja jurídico, mas prevê que seja nulo, ou anulável, ou rescindível, se falta *a”, a”‟,* ou se ocorre *a””,* esses elementos são suporte tático de outras regras jurídicas. Não é regra jurídica somente o que, incidindo sobre o tato, faz nascerem direitos, pretensões, ações e exceções, ligadas à juridicização do fato; também no são as regras que, incidindo sobre o fato, dão ensejo a direitos, pretensão, ações, ou exceções, ligadas à *negativa* de juridicização (= inexistência), de validade (= nulidade; = anulação), ou de irrescindibilidade, ou de eficácia.

2. *Cerne do suporte Fático (núcleo).* Dos elementos que compõem o suporte fático um é o *cerne;* dele depende a data dos direitos, a ele é que se liga a regra de direito intertemporal. Exemplo: a morte, quanto à sucessão; o encontro de declarações de vontade, nos contratos consensuais; a entrega da coisa, nos contratos reais.

3. *Elementos e procedência deles.* Não se deve contundir o estado tático *(e.g.,* ser surdo), ainda jurídico (e.g., ser casado), com o estado dos direitos, das pretensões, das ações e das exceções. Aqui, já se não trata de elemento do suporte tático, nem da relação jurídica básica, e sim do que resultou *subjetivamente.* Acontece, todavia, que algumas regras jurídicas fazem seu suporte fático (= fatos sobre os quais elas incidem) certos fatos jurídicos, inclusive estados jurídicos resultantes. O suporte tático do contrato de edição é composto de elementos táticos, entre os quais está o de ser o autor o „dono” da obra. O ser autor, só, não bastaria. Mediante esse brocado de fatos físicos, psíquicos e jurídicos, o direito consegue estruturação social, em base de determinismo absoluto e *a priori.*

Nesse apanhar do mundo externo e do mundo interno, o direito tem como fatos juridicos fatos matemáticos *(e.g.,* geométricos), fatos da dimensão do tempo, fatos biológicos e fatos extremamente íntimos (premeditação).

4. Fatos jurídicos como elementos. Quando fatos jurídicos são elementos de suporte fático, não deixam de ser fatos jurídicos, não volvem a ser, apenas, elementos de tato; o elemento tático, que eles levam ao suporte fátíco, é exatamente o fato jurídico, donde parecer que nele

entram como direitos e não como os elementos fáticos do seu suporte. Daí não ter razão A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teil,* li, 9) quando disse que os fatos jurídicos, ou os direitos, ao entrarem como elementos de suporte tático, se dissolvem na massa dos fatos, que os pôde produzir.

Essa volta ao fático não se dá; o jurídico figura no suporte fático sem perder a juridicidade que adquiriu e exatamente com ela é que entra na composição do suporte fático. O que faz parte do suporte tático da transmissão *causa mortis* é cada um dos fatos jurídicos —estados, acontecimentos, atos jurídicos — que formavam o patrimônio do decujo. (Filosoficamente, não se adverte em que o fato jurídico, que é elemento do mundo jurídico, entra no suporte tático como fato, mas juridico ele não deixa de ser, porque, com a incidência da regra jurídica, que o coloriu, colorido ficou: tanto assim que há diferença entre entrar o fato A como fato jurídico ou, abstraída a incidência de que falamos, somente como fato. Durante o correr da obra, ao discutirmos e respondermos a certas questões técnicas e práticas, essas noções elementares vão ser indispensáveis.)

Capitulo II

Realização e Violação das Regras Jurídicas

§ 14. Os dois conceitos

1. *Incidir a regra jurídica, realizar-se e ser violada.* A incidência das regras jurídicas é infalível; isto é, todos os suportes fáticos, suficientes, que se compuseram, são coloridos por ela, sem exceção. A vontade humana nada pode contra a incidência da regra jurídica, uma vez que ela se passa em plano do pensamento. Não se dá o mesmo com a sua realização. A regra juridica somente se realiza quando, além da coloração, que resulta da incidência, os fatos ficam efetivamente subordinados a ela. Aí, a vontade humana pode muito. Se A devia cortar o cano de água até meio-dia e o fez, A realizou a regra jurídica que incidira. Se A não no fez, A violou a regra jurídica. A violação da regra juridica pode ser direta ou indireta. Se alguém vende ao filho sem o assentimento dos outros filhos, viola a regra jurídica do art. 1.132 do Código Civil, para cuja violação a sanção é a nulidade do contrato de venda e compra. Pode ser que A não venda ao filho, mas venda a estranho, que doe ao filho ou venda ao filho. A violação indireta da regra juridica é um dos pontos mais graves e mais mal estudados do direito, assim público como privado, razão para termos de aprofundar a matéria.

Nos sistemas jurídicos, as sanções para as violações das regras jurídicas são em tão grande número, que dificilmente se podem classificar. A mais importante de todas é a sanção reparativa ou indenizatória. As sanções de nulidade e anulabilidade somente interessam aos atos jurídicos, porque somente o ato humano que entrou no mundo jurídico como ato jurídico *stricto sensu* ou como negócio juridico é suscetível de apreciação no plano da validade. Não se morre nulamente, nem anulavelmente, nem se nasce nulamente, ou anulavelmente. O ato ilícito, que entra no mundo jurídico como ato humano, não pode ser considerado como válido ou inválido. O assunto é da máxima importância, porquanto a cada passo juristas e juizes falam de nulidade ou de anulabilidade de atos-fatos jurídicos, o que é contra-senso.

§ 15. Realização da regra jurídica

1. *Realização e perfectibilidade.* A realização das regras jurídicas, — que é o mesmo dizer-se a coincidência entre a incidência delas e a efetiva subordinação dos fatos a elas, por movimento próprio dos interessados, pela natureza mesma das regras, ou pela aplicação suscitada, de ordinário estatal, — apenas *mede* o grau de perfeição do grupo social, no tocante ao traçamento jurídico. Não dizemos disciplina, e sim traçamento, para evitarmos interpretação extrajurídica, sócio-psicológica, pois *discere* é aprender Aquela perfeição não depende só de fatores puramente psíquicos, posto que sejam assaz importantes; depende de muitos outros, inclusive econômico-financeiros *(e.g.,* aparelhamento da justiça). Aliás, em toda disciplina (discere) há o *decet,* o ser conveniente, que é do mesmo étimo (nada tem com *dicere,* dizer), de modo que, ainda ai, nos fatores psíquicos dos que têm de atender ás regras jurídicas, é elemento relevante procurar-se, objetivamente, o que mais *lhes* convém. A técnica jurislativa não pode ignorar que o interesse só do jurislador seria contrário às finalidades humanas, ao homem mesmo, ao ser que tem o dedo *index,* ao animal que indica. Sobre o assunto, nosso *Garra, Mão e* Dedo, 44 s., 86

s. e 125 s.

Quem está dentro de sistema jurídico, qualquer que seja a sua extensão espacial, é como quem se move em grandes jardins, cheios de curvas e de retas, saliências e anfractuosidades. Ali estão *incidências:* o pensamento do planejador do jardim caiu sobre o terreno e criou aquelas arrumações, aqueles efeitos, realidades novas para o estado anterior de matagal ou de terra desnuda. Seja como for, nem todos os movimentos que se podiám fazer por ali seriam, hoje, possíveis sem se pisar no jardim. Pisar no jardim não é apagar as incidências. E apenas machucar o gramado, danificar as plantas, deixar marcas fundas nos canteiros. Noutros termos: ferir as realidades, não as incidências; o plano de jardinação continua de existir, e a intervenção do Estado para reparar o jardim não é diferente da ação dele, através da justiça e da própria administração, para reparar o que se destruiu às realidades criadas pelas incidências jurídicas. Os planos de jardinamento são para maior ou menor trato de espaço, ou de espaço e tempo. Há leis municipais, estaduais (ou provinciais), federais (ou nacionais). Há leis intermunicipais, interestaduais, interestatais, e leis supraestatais.

Regras jurídicas constitucionais e regras jurídicas ordinárias. Vivemos como se tivéssemos de nos conduzir em jardins, uns dentro dos outros, de modo que coubesse a alguém (à Justiça, se há *judicial control)* recortar os canteiros onde um invadisse outro que estaria primeiro *((ex superior).*

2. *Contemplação da incidência.* A regra jurídica, pois que incondicionalmente incide, pode ser "observada", e o jurista, isto é, aquele que explicita as regras do sistema jurídico, trabalha aludindo a incidências: afirma, a cada momento, que a regra A, escrita, ou a regra A", não escrita, tem força de incidência. A regra moral, nao: o observador não explicita regras que têm de incidir; o moralista ou é criador dc moral, ou alguém que fala a respeito de morai: o criador de moral seria o que anuncia os acontecimentos tais e tais *dentro de outros* e *em torno deles,* — algo de previsão; o que fala a respeito de moral, está por sobre ela, historia-a ou critica-a. Todo tratado sobre a moral *de agora* é temeridade:

ninguém pode saber, exatamente, quais as regras, e, pois, quais as sanções morais de momento presente ou futuro. Não há, para a ética, o que há para o direito: o jurista. O moralista corresponde ao anteprojetador de lei, ou de código; ou ao que, sem anteprojetar, discorre sobre como deveria ser o direito. A motivação moral éempírica; se há regras morais que concernem ao homem, em todos os lugares e tempos, é problema que só se pode resolver como doutrina moral, não como moral: conteúdo de ciência, e não de moral.

Se a conduta dos homens é tal que respeita a incidência da lei, nada se opõe à eficácia da lei; se não na respeita,

— ou o Estado aplica a lei *incidente* ou a lei *incidente* mais a *pena* (em sentido largo). Se alguém entende que a lei não vale, tem de ir contra ela, como quem encontra, em fichário de cartões amarelos (o sistema jurídico), cartão azul, preso por fio de níquel trespassante de todos os cartões (coleção de leis), com cadeado de chave especial (expediente do Estado) e *pede* que se abra o cadeado, se tire o cartão azul (regra jurídica *nula),* que ali está (é) indevidamente *(sem validade).* A prestação jurisdicional favorável será constitutiva negativa. Enquanto não transita em julgado a decisão, a lei nula é eficaz, se, pelos seus termos, ou segundo regra de outra lei, que seja regra da sua incidência temporal, já começara a sua eficácia. Essa somente se cancela se houve o trânsito em julgado da decisão constitutiva negativa, não

porque não tenha efeito a lei nula, e sim porque não tem efeito a regra que foi desconstituída *ex tunc.* A eficácia é cancelada, porque a existência é condição da eficácia: o desconstituído *ex tunc* é o que resultou da extirpação no passado; e a substituição do nulo pelo *não-existente,* por força da sentença.

§ 16. Regra jurídica e generalidade

1. *Regras jurídicas gerais.* As regras jurídicas são, na quase totalidade dos casos, *a) gerais,* isto é, incidem sobre todos os mesmos estados de fato, que ela prevê. As vezes, porém, *li)* o estado de fato é o único membro da sua classe. Ainda ai, as regras jurídicas são gerais. Mas, se dizemos que a generalidade caracteriza a lei, podemos defrontar-nos com antinomia, porque ainda se prevenimos que pode ocorrer *b),* que é a espécie da classe-a-um-sómembro, persiste a espécie excepcional da lei para um, até n-1 membros da classe de *n* membros, com infração do princípio de isonomia. A antinomia só se evita se precisamos que a lei pode ser geral *e* pode não no ser Então, a regra constitucional que seja contrária às leis sobre 1 até n-1 membros da classe de n membros tem a Consequência de fazer *nulas* ou *anuláveis* as regras de tal tipo. Leis são, mas têm de ser desconstituidas, se queremos que não sejam. Se a regra constitucional as considera não-leis é difícil construírem-se como não-existentes, pela necessidade de se ter de processar a alegação de inexistência e cair-se em confusão entre declaratividade e desconstituição (cf. Natura giuridica della decisione di incostitucionalità, *Atti dei Congresso internazionale di Diritto processuale civile,* 1953).

A priori, lei é regra juridica que os corpos competentes (incluída *a commvnis opinio)* emitiram; e o corpo competente também o é para a verificação de ser ou não regra para caso individual (1 até n-1 membros da classe de n membros). Se, no Estado, há a apreciação judicial da compatibilidade da lei com a Constituição, e essa veda leis sobre 1 até n-1 membros da classe de *n* membros, ou se atribui a algum outro órgão que ao Poder Judiciário tal função, — o ato legislativo é objeto de exame, passa a ser *res in iudicium deducta* de ação constitutiva negativa. Se a Constituição não reputa lei a regra de tal natureza, é atitude sua, *de iure condito,* o que obrigaria a toda uma reconcepção da competência dos órgãos e do conceito mesmo de lei.

2. *Direito e Estado de direito.* No Estado de Direito, com a discriminação dos poderes e suas competências, não é aconselhável, pelo menos, que se negue ao Poder Legislativo legislar sobre caso 1 ou *n-1* se ele entende que a razão para a lei está exatamente em que lhe parece tratar-se de classe de um só ou de sós n-1 membros. Nem, tampouco, que se lhe dê a última palavra a respeito. Dai a síntese a que chegou a genialidade mesma do nosso tempo: o Poder Legislativo edicta a lei; outro órgão aprecia-lhe a compatibilidade com a Constituição.

3. *Princípio de isonomia e regra jurídica para um só caso.* A regra jurídica para um só dos casos viola o princípio de isonomia; não assim a regra para o caso único. Porém uma e outra, salvo a existência daquele princípio, como regra superior, são possíveis.

Historicamente, assistiu-se à criação de regras jurídicas para um dos casos e a sua generalização, e à de regras jurídicas para certas classes de fatos e a sua extensão a outras classes. Tal estudo de expansão pertence à sociologia, onde a evolução pela simetrização, lei física, é uma das leis fundamentais.

§ 17. Fraude *à* lei ou violação indireta

1. A *fraude á lei no direito romano.* Paulo, na li. 29, D., *de legibus senatusque consultis et longa consuetudine,* 1, 3, disse: *Contra legem facit, qul id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui saltas verbis legis sententiam eius circumvenit.* Faz contra a lei o que faz o que a lei proibe, em fraude (da lei) o que, salvas as palavras da lei, o sentido da lei elude: (Note-se o esforço de aproximação que tais dizeres revelam, para se chegar ao conceito de *fraus legis.)* Na L. 30, Ulpiano traduz o mesmo pensamento: *Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: eL quod distat, hoc distat fraus ab co, quod contra legem fit.* Faz-se fraude contra a lei onde se faz aquilo que se queria que fosse feito, porém que não se proibiu que fosse feito: e o que o dito dista do sentido dista a fraude (à lei) do que se fez contra a lei.

Os dois assessores de Papiniano estavam em torneio de expressar dois conceitos de tão dificil captação: o de violação da lei cogente e o de

fraude a lei; o *contra legem agere* e o *in fraudem legis agere.* Tinham ambos sob os olhos a Lex Cincia, sobre doações. No antigo direito romano, o formalismo de todo *o* direito não permitia que houvesse distância entre as palavras da lei e o sentido, porque não permitia que houvesse outros caminhos para a incidência das leis que o da *forma.* Quando se desceu à análise do psique individual, desceu-se, também, à pesquisa do sentido da lei. Procura-se, naquela, por exemplo, o dado sutil da boa-fé e, nessa, por baixo do texto, digamos assim, a *sententia legis.* Dois assessores de Papíniano puderam discernir a *fraus legis,* tanto tempo após a renovação da hermenêutica jurídica.

Nos textos de Paulo e de Ulpiano não devemos ver a afirmação de que a fraude à lei e a violação da lei, o *in fraudem agem e contra legem agere,* sejam duas espécies de *agere* contrário ao direito, mas sim a de que o *in fraudem agere* é espécie de *contra legem agere,* apenas com a particularidade de que a *senten tia legis* impõe ao sistema jurídico que não se permita a violação indireta da lei. A *fraus legis* não é oposta *ao agere contra legem;* é espécie desse: até onde chega o conteúdo revelado da regra jurídica são possíveis assim a violação direta como a indireta.

Na II. 5, C., *de legibus et constitutionibus principum et edictis,* 1, 14, Teodósio estabeleceu: *Non dubium est in legem committere cum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: nec poenas insertas legibus evitabit, qul se contra iuris sententiam scaeva pracrogativa verborum fraudulenter excusat.* Não há dúvida que viola a lei o que, rodeado pelas palavras da lei, se esforça contra a vontade da lei: e não evitará as penas insertas nas leis quem, fraudulentamente, por esquerda prerrogativa de palavras, se escusa contra *o* sentido do direito.

Percebe-se a dificuldade do legislador em exprimir o que se entende por fraude à lei. Nem houve grande progresso desde Paulo e Ulpiano. Mistura-se o problema da conceituação da fraude à lei com o problema da revelação do direito, fora da interpretação literal.

O senatusconsulto Macedoniano dava contra o que emprestou ao filho-famílias exceção ao pagamento.

Fraudava-se a regra juridica com a venda, a crédito, ao filho-familias que revendia a coisa, obtendo dinheiro. O

vendedor ir om a *actio empti,* contra a qual não haveria a exceção do senatusconsulto macedoniano. Ulpiano (li.

3, § 3, D., *de senatus consulto Macedoniano,* 14, 6) reconheceu que não havia a exceção em caso de venda, arrendamento, ou outro contrato, mas, se fraude à lei houve, cabe a sanção. Na E. 7, § 1, informa Ulpiano que Celso já falava da exceção *adversus fraudem,* se alguém faz devedores o filho-familias e Tício, sendo esse o devedor único. CI. art. 1.259: „O mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores, ou abonadores (art. 1.502).” Persistiu a oportunidade para a exceção fundada na fraude à lei, conforme a especie da L. 3, § 3; bem assim a exceção fundada na fraude à lei, segundo a L. 7, § 1, se só Ticio figura como devedor. (Observese que a L. 1, pr., não confere apenas exceção, encobrimento de eficácia; tira ao credor a pretensão: *ne... actio petitio que daretur.)* Muitos casos de fraude à lei, no direito romano, são hoje sem interesse; porém serviram e servem à precisão científica do conceito *(e.g.,* L. 16, pr., D., *de iure patronatus,* 37, 14; E. 22, C., *mandati, 4,* 35).

2. Agere contra legem *e* in fraudem legis agere. A lei pode proibir ou determinar; e a cada aparição do seu suporte fático incide. Por exemplo, *a)* os atos jurídicos dos absolutamente incapazes são nulos (arts. 59 e 145, 1); o ato jurídico que não revestir a forma prescrita em lei é nulo (arts. 82, 130 e 145, III). Se alguém, absolutamente incapaz, pratica o ato, a lei incide, e a Consequência é a nulidade. Idem, quanto ao que tinha de ir ao tabelião, para a escritura pública, se o negócio jurídico se fez em escrito particular. Toda regra jurídica cogente leva consigo a sanção invalidante (art. 145,1V e V). Porém há algumas regras jurídicas que, além de estabelecerem a sanção de nulidade, ou outra sanção, têm em consideração algum resultado prático que elas vedam, ou preestabelecem. Tais regras jurídicas são subclasse, comum, das regras jurídicas proibitivas e impositivas (cogentes). São as regras jurídicas cogentes, *fraudáveis,* isto é, suscetíveis de violação indireta. A lei proibe aos pais a venda aos filhos (art. 1.132): A vende a B, para que B transfira ao filho; A não vendeu ao filho, simulando vender a B: A vendeu a B, que pode ser, por exemplo, cônjuge do filho (cf. Supremo Tribunal Federal, 18 de julho de 1944, O *D.,* 30, 380). Tal a noção científica.

A expressão “fraude, *fraus,* pelo étimo, que é o mesmo de “frustrar‟ e pelo elemento de intenção, dolo, que se inseriu no conceito, não é sem grandes inconvenientes na teoria da infração indireta da lei, na *Umgehung des Gesetzes.* O étimo e o conceito de infração, que alude a fração, corte, mais traduzem o que se passa com a incidência da regra jurídica de sanção, ainda se indireta a violação da lei. De modo que,

se se usa “fraude à lei”, tem-se de abstrair da intencionalidade. Não há por onde se procurar o *intuitus;* basta a infração mesma. Toda investigação do intuito pode levar a confusão da fraude à lei com a simulação. O conceito é jurídico; a teoria, jurídica. Não se inuire de motivos morais, ou de boa-fé, ao se ter de verificar se se infringiu a lei: tanto a infringe quem indiretamente a infringe quanto quem a infringe diretamente. Não há pensar-se em interpretação extensiva, a que se tenha oposto a noção jurídica de fraude a lei (Ivo Pfaff, *Zur Lebre vom soqenannten* in fraudem legis agere, 50 e 157); nem em intuito de violar, erro em que tantos ainda incorrem *(e.g.,* Ivo Pfaff, 62 s. e 70 s., 83; A.

Earthelmes, *Das Handeln* in fraudem legis, 8 **5.;** A. Neff, *Beitrôge zur Lebre vom der* fraus legi facta in *den Digesten,* 26; W. Haussmann, Die *Veràusserung beweglicher .Sachen,* 74; Fritz Goltz, *Das fiduziarische Rechtsgeschàft,* 31; Rosenstern, *Das Bórsengesetz und seine Umgebung,* 44; H. Oser, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschãft, *Zeitscbrift fúr schweizerisches Recht,* 24, 469); O. M. Ripert, *La Rêgle morale dans (es oblígations civiles,* 311; H. Desbois, *La notion de la Fraude à la foi,* 11; J. Marmion, *Etude sur la notion d‟Qrdre public en droit privé interne,* 79). Não há o pressuposto do intuito; a infração da lei, qualquer que seja, é objetiva (certo, 5. Euetow, *Die Sicherungstú bereignungen,* 30; W. Wette, *Mentalreservation, SimuIation und* agere in fraudem legis, 33; H. Hoffmann, *Der Begriff der Gesetzesumgehung,* 19 5.; R. Magen, *Agere in fraudem legis,* 20 5.; C. H. von Eckartsberg, *Das Verhàltnis des* agere in fraudem legis *zuni simulierten u. fiduziarischen Recbtsgescbàft,* 24; O. Rotondi, *Oh atti in frade alia iegge,* 179 e 220; J. Vetsch, *Die Umgehung des Oesetzes,* B17). No plano internacional, o elemento subjetivo exsurge, se se trata de mudança de elementos do suporte fático para a mudança de estatuto (nosso *Tratado de Direito internacional privado,* 1, 293-314).

Se a lei é tal que se lhe pode descobrir o resultado, positivo, ou negativo, que ela colima, e para alcançar esse fim determina a sanção, há-se de entender que a sanção apanha quaisquer infrações diretas ou indiretas. Donde ser indiferente ter havido, ou não, a intenção. O intuito não é elemento necessário do suporte fatíco salvo se a própria infração direta o exigiria, ou em se tratando de mudança de estatuto.

E preciso que a sanção chegue ao mesmo resultado, positivo ou negativo, que seria o da lei, se fosse, observada; portanto, deve haver equipolência entre a sanção à violação indireta e a sanção à violação direta. Se a regra jurídica fraudável tem por sanção a nulidade, ao

mesmo resultado há de chegar a sanção à violação indireta; *e.g.,* se se veda a doação, veda-se a venda a que se desse o resultado que a lei teve por fito evitar. A lei visou o resultado *r,* a violação direta fá-lo-ia não - *r;* é preciso que a violação indireta o faça não - *r:* então, a sanção será s para a violação direta e para a indireta. Quando o Código Civil proibe que se imponha indivisão por mais de cinco anos (art. 630) afasta resultado que não seria o da sociedade por mais de cinco anos. Daí poderem as pessoas, que desejam manter em comum por mais de cinco anos os bens, associar-se. Não ocorre o mesmo quanto à partilha judicial imposta à herança em que há incapaz interessado: se se faz partilha amigável, é nula; irratificável à maioridade, razão por que também não caberia, na falta de ratificação e pedido de decretação de nulidade, qualquer indenização aos outros herdeiros (sem razão, A. Ligeropoulo, *Le Problême de la Fraude* â *la* foi 110).

3. *Regras jurídicas fraudáveis.* Nem todas as regras jurídicas cogentes (proibitivas e impositivas) são fraudáveis.

Há certa escala entre as regras jurídicas que incidem (e a fraude à lei não pode levar o juiz ao erro de não as aplicar), as regras jurídicas de dificil fraudação e as regras jurídicas facilmente fraudáveis, Essa diferença de risco das leis de modo nenhum perturba a posição e solução do problema da fraude à lei. Por outro lado, se bem que os juristas soem somente tratar da fraude à lei estando em causa regra jurídica sobre nulidade, ou pena, quaisquer sanções podem ser objeto de tentativa de evitamento por *fraus legis.* Dai não se dever confinar na teoria da nulidade dos atos jurídicos a teoria da fraude à lei. O ato mesmo pode não ser negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu.* A lei que proibe pôr papéis nos ralos das ruas é fraudável pelo habitante da casa que os põe nos ralos do jardim. Dá-se o mesmo com o médico que receita ópio ao cliente, que *teria* sofrimentos de veias, fraudando a lei que proibe a venda de ópio: frauda a lei, afirmando ter-se de aplicar a regra jurídica permissiva, em espécie em que incidiu a regra jurídica proibitiva.

Alguns autores pretendem que só as leis proibitivas podem ser fraudadas. Estariam fora da classe das leis cogentes fraudáveis as leis impositivas *(e.g., E* Endemann, *Lehrbuch,* 1, 2, 48; K. Linckelmann, Die Sicherheitsúbereignungen, *Archiv fúr Búrgerliches Recht,* VII, 217; R. Magen, *Agere in fraudem legis,* 19; E.

Gerbert, *Die Sicherungsúbertragung,* 33; P. Aeby, LActe fiduciaire dans

le systême du droit civil, *Zeitschrift fOr schweizerisches Recht,* 31, 178: *Si („acte incriminé s"attaquait à une mi impérative, ii ne serait pas nécessaire d"une plus longue discussion sur sa ualidité, sa sanction en serait Ia nullité;* contra: A. Barthelmes, *Das Handeln* in fraudem legis, 6; Ivo Pfaff, *Zur Lebre uon sogenannten* in fraudem legis, 80; A. Neff, *Beitráge zur Lehre von der* fraus legi facta, 27; H. Dernburg, *Pandekten,* 8º ed., 51, nota 15; W. Wette, *Mentalreservation, Simulation und* agere in fraudem legis, 36; H. Hoffmann, *Der Begriff* des *Gesetzesumgehung,* 28; P. Oertmann, *Aligemeiner Teil,* 2ª ed., 352; 3. Vetsch, *Die Umgehung des Gesetzes,* 275 s.). Se a lei impositiva tem por fim algum resultado, nada obsta a que se inclua na classe das regras jurídicas fraudàveis, pois que o é. As leis de tributação são frequentemente expostas à fraude. Demais, as regras jurídicas impositivas não raro se podem formular de modo proibitivo, e vice-versa, — o que apaga, no plano lógico, até certo ponto, a distinção. O que importa é fixar

— se qual o resultado que, na lei, se tem por fito (o resultado principal, não os secundários).

4. *O problema técnico.* Nos nossos dias, o problema da fraude lei quase se restringiu ao campo do direito internacional privado, onde era mais sensivel a desviação fraudulenta dos resultados esperados às regras jurídicas. Nos tratados de direito privado e de direito público, quando surgia, dedicavam-se-lhe algumas linhas; de ordinário, nada se dizia sobre o conceito e nenhuma referência se lhe fazia. De modo que pouco se investigara desde Paulo e Ulpiano. A jurisprudência, sob a pressão dos casos concretos, teve, nos diversos países e séculos, de prover aos mais gritantes fatos de violação indireta da lei, de infração desviada da regra jurídica. No fundo, processo social de adaptação, a teoria da fraude à lei colhe, aqui e ali, nas malhas da lei, aqueles que tentam, por atalhos, furtar-se à sua incidência. Todos sabemos que o problema ocorre no plano das regras jurídicas cogentes e não só, como se pensava, no plano das regras jurídicas proibitivas. Porém, enquanto Paulo e Ulpiano fixavam a atenção na distância entre a letra e o sentido da lei, reduzindo-o a problema da interpretação das leis, os juristas dos nossos dias prestaram atenção à diferença mesma entre as regras jurídicas cogentes: nem todas as regras jurídicas proibitivas, nem todas as impositivas (imperativas, *stricto sensu)* são expostas à fraudação. Somente exames superficiais puseram, aqui e ali, no primeiro plano, as engenhosidades dos fraudadores, necessariamente variáveis com as regras juridicas que procuram burlar. A pesquisa do fundamento da teoria jurídica da fraude à lei ora se faz quanto à interpretação das leis cogentes, ora quanto à *causa,* ora quanto à

natureza especial das regras jurídicas fraudáveis.

Em verdade, o primeiro problema técnico é duplo, de *iure condendo* e *de iure condito:* Convém que se considere violação da lei a violação indireta, o *in fraudem age re?* ~Existe, no sistema jurídico, a teoria da fraude à lei? A primeira questão há-se de responder afirmativamente, porque não seria realizável a adaptação dos homens entre si, por meio de leis cogentes, se as regras jurídicas cogentes, suscetíveis de fraudação, pudessem, por *fraus legis,* deixar de incidir. Existir contradição insuperável no proprio sistema jurídico (e não só no plano da política jurídica) se o Estado dissesse cogente a regra jurídica exposta à fraudação e não lutasse contra a fraude à lei. Se bem que nem todas as regras jurídicas cogentes precisem da sanção por fraude à lei, a sanção por fraude à lei é indispensável à *aplicação* das leis cogentes, para que se não afaste a incidência delas. Fraudáveis, que fossem, estariam eliminadas, praticamente.

Uma das conseqüências da deficiência da teoria da fraude à lei, tal como a recebem os intérpretes e juizes, casuística e insuficiente, é a incessante investigação dos legisladores no tocante às fraudes às leis para edictar regras jurídicas, também cogentes, que apanhem os atos com que se costuma fraudar a lei.

Usa-se a promessa de venda e compra para se evitar o pagamento do imposto de transmissão da propriedade?

Faz-se a lei que a sujeite ao mesmo imposto. Tal cata às espécies de *in fraudem agere* não é sem inconvenientes, na teoria e na prática. Quando as Ordenações Manuelinas (Livro IV, Título 82) proibiram que os ascendentes vendessem aos descendentes, levou a isso o legislador a contemplação da vida portuguesa, com as freqüentes demandas por fraude à lei de sucessão necessária. Como os casos de fraude à lei não são esporádicos, nem raros, nem bastaria a intervenção do legislador, quando lhe saltassem aos olhos, cabe à teoria da fraude à lei desempenhar um dos mais relevantes papéis na Parte Geral do Direito, assim público como privado.

5. *Fundamento jurídico da teoria. (a)* Os que tentaram fundar na *moralização* do direito a teoria da fraude à lei cometeram erro grave: ou a teoria jurídica da fraude à lei é jurídica, ou não há teoria jurídica da fraude à lei. Se há fraude à lei e a sanção é a nulidade do ato, ou a

aplicação da lei, ou a incidência do tributo, há sanção jurídica, o que somente pode ocorrer se a teoria é jurídica. Fora daí, cai-se em digressões literárias, impróprias do verdadeiro jurista. Ainda quando as leis falem de bons costumes, fim imoral e outras adjetivações do contrário à vida social, o conceito, de que se usa, é jurídico. Nada mais reprovável do que se porem noutra dimensão que a jurídica problemas jurídicos.

(b) Alguns exageram o papel da interpretação das leis na teoria da fraude à lei. Chegou-se mesmo a dizer que foi a interpretação *iliteral* que permitiu a sanção por fraude à lei (A. Ligeropoulo, *Le Problême de la Fraude à la loi,* 16), sem atenderem a que Paulo e Ulpiano apenas buscavam expressão ao conceito de ofensa à *ratio legis,* à violação prévia da lei, sem afirmação de que não se precisa ir ao sentido para se reputar *contra legem* o *agere.*

Por outro lado, as leis de conteúdo claro, univoco, podem ser leis fraudáveis e, em concreto, fraudadas. O que Paulo e Ulpiano quiseram dizer foi que — ainda que indireta — a violação da *ratio legis é* violação da lei. Há fraude à lei sempre que se pratica ato que seria admitido por alguma regra que está no sistema jurídico, mas que pré-exclui resultado, positivo ou negativo, que outra regra jurídica, sob sanção à infração, determinava. A alusão ao "espírito" da lei, que aí seria em vez de *à* letra, é inferior à alusão à *sententia legis,* que os dois assessores de Papiniano faziam; e espanta encontrá-la ainda, e.g., em A. Lígeropoulo *(Le Problême de la Fraude à la Lol,* 60:

"... la loi, prise dans sa letre, mais la violant, néanmoins, dans son esprit"). Não há qualquer diferença entre a interpretação dada à lei quando se trata de ato simplesmente *contra legam* e interpretação dada *à* lei quando se trata de atos *contra legem,* que o sejam por fraude à lei.

(c) Outros generalizam o elemento subjetivo, intenção, tornando-o essencial ao conceito. Levou H. Desbois *(La Notion de la Fraude à la loi,* 31), através da teoria da causa, a noção de fraude à lei ao terreno da ilicitude, em vez de a manter no terreno da simples contrariedade a direito, — talvez por influência de concepções criminalísticas. A teoria da fraude à lei serve à inteligência de *algumas* aplicações do art. 145, V, mais raramente do art. 145, IV, ou do art. 145, II; nada tem com a teoria da causa, pasto que possa a causa ser um dos elementos do suporte fático no tocante à sanção.

(d) O que se passa com a fraude à lei parece-se, porém não se

identifica com o que se passa com o abuso do direito. Ali, usa-se, irregularmente, a autonomia privada; aqui, exerce-se, irregularmente, o direito. Quanto ao abuso do direito, os sistemas jurídicos podem repeli-lo, ou não, considerando-o, ou não, ato ilicito; quanto à fraude à lei, se se permitissem as violações indiretas da lei, expor-se-ia o sistema jurídico a ser acutilado, por meios dévios. Note-se mais que a lei mesma se poria em contradição com a determinação da sanção escolhida, porque a pré-excluiria se o infrator usasse de embustes e enganos. Para a regra jurídica em si, em seu conteúdo, há de ser o mesmo violado direta ou indiretamente.

(e) Alguns autores pretenderam ver na fraude à lei, sempre, assim em direito substancial como em sobredireito *(e.g.,* em direito internacional privado), concorrência de duas leis competentes; mas tal concepção seria perigosa: se o juiz tem de aplicar a lei fraudada, em vez da que se queria que fosse aplicada, só se há de pensar numa incidência. No próprio plano internacional, as duas competências podem ocorrer, mas o juiz nacional só reputa competente a sua. No direito interno, a admissão de duas leis competentes está excluída exatamente pela pré-

admissão da fraude à lei. A regra jurídica que veda a atribuição de paternidade a outrem que ao filho não é óbice à proibição de casamento incestuoso. Argumenta-se com tal exemplo para se mostrar que há duas leis competentes; mas sem razão: ou o sistema jurídico permite ao Ministério Público, em tal caso, a prova, ou não na permite. Não há lugar, aí, para se discutir a natureza da fraude à lei, porque o problema não é de fraude à lei.

6. Crítica e explicação científica. A afirmação de que a teoria da fraude à lei se funda na interpretação dos textos cai diante do exame das espécies com que se lhe procurou provar a verdade. Diz-se, por exemplo, que ou a fraude à lei tenta derrogar regra jurídica proibitiva ou impositiva, ou viola a exata inteligência da lei, a favor de letra demasiado ampla. Note-se que, numa e noutra espécie, já se supôs assente a interpretação da lei.

Interpretação assente de lei e lei são o mesmo; -a lei é o que foi assente como interpretação dela. Se a pessoa emprega outra categoria, permitida, para conseguir evitar a *aplicação* da lei proibitiva ou impositiva, em verdade tenta tornar não-cogente a regra jurídica que é cogente, — trata como campo deixado á autonomia o que é campo do

ius cogens. Não há, aí, qualquer alusão á interpretação da lei, porque essa é a mesma para as duas espécies de infração, a direta e a indireta. A fraude à lei já se passa no plano que se estende até a *aplicação da lei:* a lei fraudada incide; o que o infrator indireto quer, ou procede como se quisesse, é que não se aplique. Na fraude à lei há infração, mas o infrator espera que não se aplique a lei. As precisões, a que chegamos, em nossas obras, quanto à distinção entre a incidência e a aplicação das leis, permitiram-nos escapar aos erros dos que *antecipavam* o problema da fraude à lei, pondo-o no plano da interpretação da lei, à maneira — agravada — de Paulo e de Ulpiano, ou o *deslocavam* para o plano da causa do ato jurídico. O problema da fraude à lei há de ser posto no plano da aplicação da lei; porque a lei, essa, incidiu, e a fraude à lei consiste em se esperar que não se aplique. O meio de que se lança mão para isso é o emprego de outra categoria, para que se aplique a regra jurídica não-cogente, que poderia incidir, e não se aplique a cogente, que incidiu; ou outro meio mais dévio. Por não haverem precisado a situação do problema, alguns autores consideram fraude à lei a partilha apressada para fraudar os direitos dos credores, a alienação precipitada de imóvel já vendido para ser registrada antes da anterior. O erro ressalta: não há, aí, fraude à lei. Não há violação indireta da lei. A fraude à lei não é categoria jurídica única de sua classe; apenas é violação indireta da lei, por emprego de meio que poderia evitar a aplicação da lei cogente.

A fraude à lei consiste, portanto, em se praticar o ato de tal maneira que eventualmente possa ser aplicada outra regra jurídica e deixar de ser aplicada a regra jurídica fraudada. Aquela não incidiu, porque incidiu essa; a fraude à lei põe diante do juiz o suporte fático, de modo tal que pode o juiz errar. A fraude à lei é infração da lei, confiando o infrator em que o juiz erre. O juiz aplica a sanção, por seu dever de respeitar a incidência da lei (= de não errar).

7. Regra jurídica escrita e *regra jurídica não-escrita sobre a fraude à lei.* Muitos há que lamentam que se não insira nos códigos regra jurídica sobre a fraude à lei. Outros argumentam com essa falta, para se pronunciarem contra a noção de fraude à lei. Aqueles não atenderam a que a regra jurídica, que se redigisse a respeito, seria dirigida aos que tiverem de praticar atos, para lhes advertir de que violar indiretamente a lei também é violá Ia.

Esses, se se recusam a aplicar a sanção, por só ter sido indireta a violação, estão a expor aos manejos dos interessados a incidência

mesma da lei. Tem-se dito que o lugar de tal regra juridica seria na lei de introdução, onde se falasse da interpretação das leis; mas isso revela desconhecimento da natureza de tal regra juridica que se formulasse. Não é ela, de modo nenhum, regra de sobredíreito; seria apenas tautologia dirigida aos que tivessem de ser subordinados à incidência das regras jurídicas cogentes fraudáveis: não é admitida a infração indireta da lei; e aos juizes: não aplique a lei que poderia incidir se a lei cogente incidiu. Colocá-la no capitulo sobre interpretação das leis, como querem alguns *(e.g.,* A. Ligeropoulo, *Le Problême de la Fraude à la* lol, 77), seria erro grave. As violações das leis, que o direito não tolera, são todas as violações das leis. Se, na espécie, pode dar-se violação indireta e ela ocorre, a atitude do direito tem de ser a mesma que teria em se tratando de qualquer outra violação. Daí a indiferença à culpa e ao dolo. A condenação da fraude à lei está implicita no conceito mesmo de lei cogente, se pode, na espécie, haver fraude à lei. O legislador nada tem de edictar sobre isso, porque teria de prover aos inúmeros casos de infração indireta da lei e apontar uma por uma, dentre as leis cogentes, as fraudáveis.

Se o sistema juridico tem como categoria juridica a fraude à lei, ou se não a tem, depende, tão-só, de sua concepção da violação da lei (isto é, se abrange a direta e a indireta, ou se so se refere àquela). Nada tem com o método de interpretação das leis que ele adote. *De fure condendo,* é tão grave só se considerar violação da lei a violação direta, que se há de entender, sempre, que se tem como infração assim a indireta como a direta. Não se precisa, para isso, toldar-se o assunto com alusões à equidade, àmoral e aos bons costumes. O problema é só juridico, — de contemplação das violações das leis. Responde apenas à pergunta: Também é violação da lei a violação indireta? Noutros termos: **O** *in fraudem legis agere* é espécie do *contra legem agere,* ou só é contra legem *agere* a violação direta? Nada tem isso com a *interpretação* das leis; tem com a sua *aplicação.* A *fraus legi facta* ter como Consequência levar-se o juiz a aplicar a lei B, em vez da lei A, cujo suporte fático está composto, com acrescimo que poder conduzir o juiz a negar aplicação à lei *que incidiu.* Se respondemos à pergunta que o sistema jurídico considera a *fraus legis* infração da lei, a determinação dos casos em que ela aparece é questão de ciência. As leis proibitivas de resultado e as leis impositivas de resultado são as que de regra são fraudáveis. A distinção entre leis proibitivas quanto ao fim *(Zielverbotsgesetze)* e leis proibitivas de meios está em H. Thãl *(Einleitung,* 410). Se a lei tem o fito de evitar ou de fazer produzir-se certo resultado, tem de ser entendido que a sua sanção apanha toda transgressão, direta ou indireta.

Temos, assim, o *princípio da* infração *indireta da lei:* Quando a regra jurídica determina que algum resultado, positivo ou negativo, seja alcançado, dando a sanção, essa apanha todos os casos em que se violou a lei sem ser pelo modo previsto. Tais infrações supõem: suporte fático que poderia ser o de modos diferentes; a lei prevê um *(e.g.,* mútuo a incapaz, venda a descendente) e o fraudador emprega outro (venda a crédito, reconhecimento de divida a descendente). No direito canônico, exprimiu-se isso, atecnicamente, com a Regula 84 (VI, 5, 13): *Cum quid una via prohibetur alieni, ad id altera non debet admitil.*

8. *Simulação, ato aparente e fraude à lei.* Na simulação, quer-se o que não aparece e não se quer o que aparece.

Na fraude àlei, quer-se, sinceramente, o que aparece, porque o resultado éaquele que a lei fraudada tenta impedir, ou porque se afasta o resultado que a lei fraudada determina que se produza. No ato só aparente, não se quer o que aparece, nem o resultado dele, nem outro resultado.

Quando o intérprete, ou o juiz aponta o caso de fraude à lei, procede ele à *corrigenda* da inadaptação das pessoas, que burlam a lei, à vida social. Se fosse permitido que escapassem a incidência da lei os suportes fáticos em que, por artifício, se eliminassem ou se juntassem outros elementos, estaria profundamente comprometida a função do direito. Indiretamente, seria possível fugir às leis cogentes. O interesse público, que eleva à categoria de regras jurídicas cogentes (proibitivas, impositivas) algumas delas, fletir-se-ia ante o interesse privado, que tomasse caminhos dévios: "Por aqui não posso ir; vou por ali", ou "Por aqui devia ir até lá, vou por aqui porém tomarei o atalho." No ato só aparente, não se toma qualquer caminho: parte-se por trilha invia. Na simulação, digo que vou por aqui, mas em verdade vou por ali.

As atitudes que, diante dos três, toma a técnica do direito, não podem ser a mesma. O ato só aparente, o ato não sério, não entra no mundo do direito, que se há de basear em relações sérias entre os homens. O ato simulado é atacável, porque a simulação pode ser nociva a terceiro, ou à sociedade. A fraude à lei é infração da lei cogente.

No sistema jurídico brasileiro, temos três conseqüências típicas: inexistente, o ato não-sério; anulável, o ato simulado; nulo, o ato *in*

fraudem legis. Lutar contra a fraude à lei é lutar contra infração *de* leis cogentes, —

aponta-se a infração, embora só se veja através das espessas manobras com que se alcançou o resultado, que a lei proibia, ou se afastou o resultado, que a lei determinara. Se até ai não fosse a *aplicação* da lei, estaria sacrificada, de muito, a *incidência* dela. Impedir a fraude à lei é defender a lei. Seria profundamente contraditório conceber se como cogente a regra jurídica e tolerar-se que seja fraudada. O problema da luta contra a fraude à lei é, portanto, o problema único do respeito da lei. Em boa técnica legislativa, a solução há de atender a isso. Convêm insistir-se, porque toca ao âmago do assunto e muito o esclarece.

Na glosa de Acúrsio, a confusão entre simulação e fraude àlei aparece a quem quer que a leia. Não viu ele que, na fraude àlei, a intenção do autor e o que ele manifestou são um só fato da vida, enquanto, na simulação, há de haver a discordância. Quem vende o imóvel a terceiro, sem ter querido vender (= ficticiamente), para escapar à execução pelos credores, simula: manifestou a vontade de vender, sem ter querido vender. Não fraudou a lei. O

que aparenta vender o bem, tendo, em verdade, doado, simulou. Se, para não pagar a indenização devida ao inimigo, alguém doa os bens, frauda a credor: manifestou doar, e doou; mas, fraudulentamente, prejudicou o credor. Se, em vez disso, se quer o ato jurídico e se manifesta a vontade, porém com isso se dá ensejo a que o juiz não aplique lei que devia aplicar, por incidir, há fraude à lei. Muito diferente da simulação, da fraude aos credores e da fraude à lei, é a qualificação inexata do fato jurídico; *e.g.,* chama-se usufruto ao fideicomisso, ou venda à locação com opção. Aqui, o juiz somente tem diante de si erro de nome e não tem de se prender ao que o declarante ou declarantes disseram; tem de dar nome exato ao que o declarante ou declarantes quiseram.

No art. 765 do Código Civil, diz-se que é nula a cláusula que autoriza o credor pignoraticio, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a divida não for paga no vencimento. Se, em vez disso, se vende sob condição de resgate o objeto empenhado, anticretizado, ou hipotecado, com tal pacto de retrovenda, inserto, ou não, no negócio jurídico de penhor, se fraudaria o art. 765; ter-se-chegado ao mesmo resultado que o art. 765, proibindo o pacto comissório, teve por fim afastar. Se o empregado não pudesse empenhar, por lhe ser

proibido pela lei ou pelo empregador e pudesse vender, não cometeria fraude à lei, e sim simulação, se vendesse com pacto de retrovenda para ocultar o empenhamento. Se ele pudesse empenhar e vender, e quisesse fazer pacto de retrovenda, ou empenhar, chamando pacto de retrovenda ao empenhamento, ou empenhamento ao pacto da retrovenda, teria trocado nomes, o que o juiz, interpretando o negócio jurídico, aclararia.

9. *Fraude à lei e dimensão do tempo.* Quanto à fraude a lei em direito intertemporal (e.g., vende-se de pressa o que, após a lei em andamento, não poderá ser vendido), teria para ampará-la o princípio de irretroatividade das leis (Constituição de 1988, art. 5º , nº XXXVI), se não lhe faltasse elemento conceptual: ser contra a lei. Ainda não há a lei que incida. A velha decisão de Turim (21 de julho de 1811), que se costuma citar, ficou isolada.

Quanto aos atos do pródigo que se apressa em dispor dos bens, antes de se lhe decretar a interdição, que é constitutiva, procurou-se apoio em teoria da fraude à incapacitação futura, com decisões francesas que vêm do meado do século passado. Ser criar-se ação de anulação para atos válidos, uma vez que a lei não concebeu a interdição por prodigalidade como declarativa.

O que pode ocorrer é a possibilidade de ação, proposta pelo pródigo, ou por seu representante, pelo ato ilícito, talvez crime do adquirente de má-fé. Discute-se se a teoria da fraude à lei tem cabimento quando se procura fazer aplicável lei que não incidiu, por ser vantajosa (e.q., o plantador que teria isenção de impostos pela maior plantação, ou por atingir certa quantidade de produtos, compra mudas aos vizinhos). A resposta é negativa, porque se procurou a aplicação da lei, e não afastá-la: não há fraude à lei, há dolo, crime, para se obter a isenção (sem razão, A. Ligeropoulo, *Le Problême de la Fraude à la* loi, 107 s.). As categorias jurídicas são inconfundíveis.

Capítulo III

Classificação das Regras Jurídicas

§ 18. Regras jurídicas cogentes e não-cogentes

1.

Conceito de cogência. Direito cogente (impositivo, proibitivo) é o direito que a vontade dos interessados não pode mudar Uma vez composto o suporte fático, a regra juridica incide, ainda que o interessado ou todos os interessados não no queiram.

A liberdade de escolha das categorias juridicas não foi o que se conheceu nos primeiros tempos: a autonomia da vontade não foi a regra; o direito *oh singulorum utilitatem* veio depois, quebradas as linhas rígidas do direito material e do direito formal, que incidiam cogentemente, desde o formalismo dos atos necessários ao conteúdo dos tipos precisos de atos jurídicos. Muitos séculos passaram até que se pudesse tornar o direito mais supletivo do que cogente. Então, a lei — principalmente a lei privada — conteve mais regras dispositivas e interpretativas do que cogentes, ou se satisfez com o mínimo de regras jurídicas cogentes.

As *regras jurídicas cogentes* podem ter consequência positiva ou negativa: são de Consequência positiva quando a Consequência é jurídica e necessária, como acontece com todos os casos de obrigações impostas por lei *(e.g.,* o contrato seria nulo, mas a lei teria de ser obedecida antes da decretação da nulidade; o fim da regra juridica exerce, aí, função de primeira plana); são de Consequência negativa, quando a Consequência é a inexistência do ato infringente, ou a *nulidade* dele, ou a *anulabilidade,* ou a *revogabilidade,* ou a *resolubilidade,* ou a *resilibilidade,* ou a *rescindibilidade,* ou a ineficácia.

Se a manifestação de vontade receptícia se presta a mais de uma significação, a regra jurídica interpretativa diz qual a que se há de acolher. Não importa para se saber se a regra jurídica é interpretativa, e não cogente, ou dispositiva, que se aluda à dúvida, ou a multiplicidade de interpretações. Basta que não caiba se algo de diferente se possa entender, e possa ter-se dito o contrário; assim se exclui, respectivamente, a dispositividade, que supõe nada se haver manifestado, e a cogência, que não admitiria que o contrário se houvesse dito. O art. 125 estatui:

“Salvo disposição em contrário, computam-se os prazos, excluindo-se o dia do começo, e incluindo-se o do vencimento.” Pergunta-se: são

regras jurídicas dispositivas as duas, que aí se contêm, ou interpretativas? A resposta é quanto a serem interpretativas, porque de prazo ou termo se falou; não há lugar para a regra dispositiva. As expressões "salvo disposição em contrário", mais próprias para as regras jurídicas dispositivas, são aí inoperantes; não alteram o que resulta dos fatos. Em todo caso, não é de desprezar-se o elemento costumeiro; pode ele ter estado no suporte fático. Então, se se falou em prazo, ou termo, e se havia o costume de se incluir o dia do começo e de se excluir o do vencimento, é a regra jurídica costumeira que se entende inserta no suporte fático, e o art. 125 não incide. A regra jurídica de que o negócio jurídico sobre a co isa compreende as pertenças é dispositiva. Diz o art. 59: "Salvo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal." "Acessória", ai, está para "distinguir" da coisa as pertenças e as outras coisas acessórias. No direito alemão, os §§ 314, 2.164 e 925, alínea 1º, 2ª parte, são regras jurídicas interpretativas: supõe-se ter-se falado de pertenças, embora duvidosamente. A essas regras jurídicas corresponde uma, não escrita, que se acha no direito brasileiro: "Se há referência a acessórios, ainda que duvidosa, ou se foi empregado termo universal (castelo, vila, fazenda, empresa), entendem-se incluídos" (cf. Manuel Álvares Pêgas, *Resolutiones Forenses,* 1, 431 s.). A regra jurídica do art. 59 é dispositiva. Quando se falava de castelo, vila, terra, como hoje se fala de fazenda, sítio, engenho de açúcar, usina, ou fábrica, empresa, edifício tal, os negócios jurídicos dispositivos eram *per verba universalia* (Manuel Álvares Pêgas, *Resolutiones Forenses,* 1, 430 **5.;** Relação de Lisboa, 12 de julho de 1678). Sendo *per verba universalia,* a regra jurídica de se incluírem as pertenças e mais acessórios era *interpretativa:* "caetera non exceptuata censentur expresse concessa".

Naturalmente, se é do terceiro a coisa, tem de vir ele com os embargos e dar prova da sua propriedade. O art. 59

não regula isso.

No direito romano, o efeito único da relação de pertinencialidade (por ser fática, havia de existir) era o de abrangerem as pertenças (conceito do mundo fático) os negócios jurídicos obrigacionais sobre a coisa principal.

Na L. 38, § 2, D., *de actionibus empti* venditi, 19, 1, Celso informa que Firmo perguntou a Próculo se, estando canos enterrados para levar água de depósito a caixa de água, circundada de ladrilhos, seriam da casa, ou haviam de se considerar como as coisas ligadas e fixadas, que se arrancam e cortam, e não são da coisa. Respondeu Próculo que

importava saber qual o ato entre os interessados, *quid acti esset.* Se nada pensaram, sobre isso, o comprador e o vendedor, como as mais das vezes sói acontecer, respeito a essas coisas (ut plerumque in eiusmodi rebus evenisse soiet), anão é mais próprio que as coisas insertas e inclusas no edifício consideremos parte dele?

Alguns pandectistas tiveram a regra jurídica (que aí é regra sobre a existência da pertinencialidade, questão de fato, e regra jurídica sobre a abrangência do negócio jurídico, numa só resposta) como interpretativa (H.

Dernburg, *Pandekten,* 1, T ed., 176, nota 13; na 8ª edição, Paul Sokolowski, 1, 130 s., coerente com a sua tese de não distinguir o direito romano as pertenças, refez todo o §65, que era o § 77; R. Sohm, Institutionen, 17ª ed., 375). A regra jurídica, como a regra do mundo fático, era dispositíva: a questão e a resposta proculeiana (não nos esqueça que Próculo era peripatético) denunciam que se atende ao *usus* rei, objetivamente.

2. Conceitos *de dispositividade e interpretatividade.* Quando a regra jurídica, em vez de impor ou proibir, sem margem à vontade, *supõe* aos interessados o construírem, como entendam, a ordem que os reja (= quando lhes deixa o imporem, ou proibirem, ou permitirem uns aos outros), diz-se que é *regra dispositivo* (supletiva) ou que é *interpretativa.* A cogência, a dispositividade ou supletividade *(lato* sensu) e a interpretatividade exaurem a técnica distributiva do direito. *a)* Dispositiva é a regra jurídica que somente incide, se os interessados não regraram os seus interesses, no tocante ao suporte fático; de modo que essa regra jurídica se pode definir como a regra jurídica que incide, se o seu suporte fático não foi colorido pela vontade dos interessados: se houve essa vontade, o suporte fático tornou-se inadequado, por excesso.

b) Interpretativa é a regra juridica que somente incide, se o sentido daquilo, que o interessado ou os interessados estabeleceram, é duvidoso. Ali, o direito evita o vazio, o não-regramento; aqui, a ambiguidade, a vacilação no entendimento do que se pôs como vontade. Onde o direito deixa *branco,* que os interessados podem colorir com o que querem (autonomia privada), ou há regras jurídicas dispositivas (porque o direito supõe que é necessário enche-lo de vontade ou de regra jurídica), ou há regras jurídicas interpretativas (porque o direito supõe que é necessário não haver dúvida, se houve vontade), ou não há regras jurídicas (porque o direito supõe que pode

haver, porém não é necessário que haja vontade, nem que se evitem dúvidas, se as há).

A conduta do homem, *contrária* ao que a regra jurídica estatui, tem por pressupostos necessários: a) a existência de regra jurídica (existência + eficácia); b) ato ou omissão do homem, que entre na classe dos atos ou omissões que a regra jurídica proibiu, ou que não entre, devendo entrar, na classe dos atos ou omissões de que a regra jurídica impôs a prática. A conduta do homem que omite algo, de modo que a regra jurídica dispositiva incide, ou que exclui a incidência dessa regra jurídica, não é contrária ao que estatuí a lei. A alternatividade foi concebida pela lei mesma. A conduta do homem que deixa margem, ou nao deixa margem àdúvida quanto ao que ela exprime, de maneira a se ter, ou a não se ter de invocar regra jurídica interpretativa, de modo nenhum contraria o que as regras jurídicas, pertinentes ao caso, estatuem: a lei mesma previu A, ou B, ou AB (dúvida), de modo a reduzir AB a A, ou a B.

As regras jurídicas não só impõem, positiva e negativamente (proibitivas). Também traçam os limites do mundo jurídico, para além dos quais há o *nada jurídico,* e — dentro do mundo jurídico — discriminam o que tem eficácia e o que não na tem, o que vale e o que não vale (nulo, anulável), inclusive quando começa e termina a eficácia, ou quando algum efeito cai (caduca), ou cai todo o negócio jurídico.

O direito interpretativo não supre, nem suplementa. Com ele, apenas se fixa o que o manifestante da vontade (possivelmente, o manifestante ou comunicante do conhecimento ou do sentimento, mas raramente) exprimiu.

Tem-se, com ele, o conteúdo da vontade (ou do enunciado de conhecimento, ou de sentimento), legalmente interpretada aquela vontade, ou aquele enunciado de conhecimento, ou aquele sentimento. Não há algo *a mais;* há, apenas, operação revelatória. Para as regras jurídicas dispositivas, se se trata de atos jurídicos formais, só se tem de levar em conta o que foi manifestado com observância da regra jurídica de forma, ao passo que, ainda a respeito de atos jurídicos formais, se podem utilizar elementos estranhos, para se revelar *o que foi* manifestado, e assim se tornar impertinente a invocação da regra jurídica interpretativa. Procurou-se sustentar que as regras jurídicas dispositivas podem ser postas de lado (= não serem

invocadas) se há alguma vontade que se deva ter por assente (E. Zitelmann, *Aligerneiner Teil,* 91; A. von Tuhr, *Der Aliqemeine Teil,* II, 190). Mas há confusão. Se a lei estabelece que se quis *a,* não há pensar-se em regra jurídica dispositiva.

Tampouco se hão de confundir as regras jurídicas dispositivas com as regras juridicas transmutativas; e.g., se manifestou *a,* mas lei, que repele *a,* ordena que se entenda *b.* Se os contraentes estabeleceram que, no caso de inadimplemento, o inadimplente perde, automaticamente, os direitos, tal cláusula — que o sistema jurídico repele

— há de ser entendida como cláusula de resolutívidade. Ao outro contraente nasce, apenas, direito formativo resolutivo. Discute-se se tal interpretação pode ser afastada, esclarecendo os contraentes que a resolução é mesmo automática. A cláusula pode ofender a regra pública proibitiva da usura, ou outra regra jurídica cuja infração importe nulidade, inclusive por fraus Iegis *(e.g.,* art. 920; e Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, art.

9º)

No art. 1.669, diante da cláusula testamentária a favor dos pobres, o sistema jurídico disse quais os pobres que se hão de considerar beneficiados.

Quanto à regra jurídica do art. 153, 1º parte, de modo nenhum se há de ter como regra jurídica transmutativa. A incontagiação nada tem com o dever-se ter querido outra coisa que aquilo que a invocação da regra jurídica deixa. Se A quis *ab* e *b* é separável de *a,* a nulidade ou anulação de b não atinge a *a,* porém A também quis *a.*

Razão não têm, portanto, os que pensam que, querendo *ab* e sendo inválido *b,* A não quis a *(e.g.,* A. von Tuhr, *Der Allgemeine* Te)!, II, 190). Nem há transmutação se A vende a B a coisa *a,* que está em mãos de C, indevidamente, sem ceder a pretensão reivindicatória. Nada se transmuda, porque é a interpretação que leva a ter-se como cedida, implicitamente, a pretensão reivindicatória.

3. *Fundamento da dispositividade* e *da interpretatividade.* O ius *dispositivum* deixa aos interessados possibilidade de pormenores e sutilezas, a que a regra jurídica não poderia descer; e, mais do que

isso, a escolha entre múltiplos regramentos para passadas, presentes e futuras circunstâncias, talvez eventualidades. Na seleção do negócio jurídico, já essa autonomia da vontade começa de exercer-se. Mas, escolhido ele, com o acordo que for de mister, se plurilateral o negócio jurídico, há regras jurídicas que dispensam a expressão da vontade quanto aos efeitos do negócio jurídico. Diz-se que o legislador, edictando-as, foi inspirado pelo *quod plerum que accidit;* e repete-se isso. Todavia, daí não se tire que se pôs, no conteúdo de tais regras jurídicas, vontade: pôs-se lei, que tem a algo como vontade. O legislador adotou, como regra jurídica, porém não necessariamente, o normal, ou, melhor, o que ele acreditou ser o normal. Nunca se deve lançar mão do argumento de que o direito dispositivo é o que corresponde ao querer presumido, ou presumível, dos interessados ou do interessado: primeiro, porque pode ter inspirado ao legislador outro interesse, ou motivo; segundo, a regra jurídica dispositiva incide, ainda se o interessado ou os interessados desconheciam a lei, ou não a interpretaram bem, ou julgaram ser de incidir uma regra jurídica, em vez de outra.

A regra jurídica „regula" atividade humana, ou desde o presente, ou desde momento futuro. Se ela faz o fruto ser de A, e não de B, regula-a no futuro, desde que o direito de A nasce. No regular a atividade, pode exclui-la (direito cogente), ou permiti-la, ou, permitindo-a, dizer que, se a atividade não foi no sentido de não-a, se entende *a.* Hoje sabemos quanto se tateou, em torno dos conceitos romanos de Lis *publicum* e de direito, *quod privatorum pactis mutari potest,* para se chegar aos conceitos claros de direito cogente, de direito completante *(ergànzendes Recht),* de direito dispositivo e de direito interpretativo. O direito dispositivo completa, no sentido de que não fique *branco* onde seria de se esperar que o figurante ou figurantes manifestassem algo. Não é autorização para que se manifeste a vontade, O que traça os limites da autonomia da vontade é o ius cogens. O

direito dispositivo supre a falta da manifestação de vontade. Já assim, se bem que menos claramente, O. Búlow (Dispositives Civilprozessrecht, *Archiu fOr* die *civilistische Praxis, 64,* 71 e 73; sem razão, E. Ehrlich, *Das zwingende und nichtzwingende Recht,* 33). A escolha entre o ato *a* e o ato E pode existir na própria regra jurídica cogente, sem haver qualquer Lis dispositivum (cf. F. Thudichum, Von dem Unterschied der zwingenden und der ablehnbaren Gesetze, *Jahrbúcher fOr die Dogrnatik,* 23, 154).

É grave erro tratar-se a regra jurídica dispositiva como regra de presunção furis *tantum:* não há qualquer presunção. Presunção

somente há onde há algo que não se prova, ou por ser difícil provar-se, ou por, *in* casu, não se poder provar; então, presume-se. A própria regra jurídica interpretativa não se deve ter como de presunção: onde se interpreta de acordo com a lei, não se presume (sem razão, P. Auerbach, *DispasUives Recht,* 20 s.).

Ainda quando, edictando-se regra jurídica dispositiva, ou interpretativa, se usa, sem propriedade, da expressão

"presume-se", não é de entender-se haver presunção. Nem se há de confundir a regra jurídica dispositiva com as regas jurídicas sobre ônus da prova, se bem que das regras jurídicas dispositivas resulte determinação do ônus da prova ao que não admite a incidência daquela. Achou H. Beckh *(Beweislast,* 84) que o elemento determinador está no suporte fático; com toda a razão (cp. P. Auerbach, Dispositiues *Recht,* 44). O fundamento, para a edicção de regras jurídicas dispositivas, é a necessidade de se ajustar o principio do autoregramento da vontade ao princípio da segurança jurídica.

Regra jurídica interpretativa supõe a dúvida sobre a inteligência da manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento. Não a dúvida sobre ter havido, ou não, manifestação. Dai *ser* inconfundível com a regra sobre presunção e com a regra jurídica dispositiva. Tampouco se há de confundir com as regras jurídicas sobre ônus da prova.

As regras jurídicas *dispositivas* são regras que incidem onde faltou a manifestação de vontade, nos termos que essas mesmas regras tiveram, ou não, por sinais de existência da vontade. Os juristas romanos foram culpados, com razão, de não terem atribuído ao Lis *dispositivum* a função que lhe toca. Pensavam sempre em *tacita conventio:* a regra jurídica incide, porque se há de ter ao seu conteúdo como o de vontade tácita (não presumida!) dos manifestantes de vontade. Tal foi a opinião dominante até bem perto dos nossos dias (e.g., E von Savigny, *System,* 1, 57; C. G. von Wächter, *Pandekten,* II, 93; E L. von Keller, *Pandekten,* T ed., 17). Deve-se a O. Búlow (Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, *Archiu for die civi)istische Praxis,* 62, 82, nota 65; Dispositives Civilprozessrecht, *Archiu, 64,* 1-.109) o decisivo trato das regras jurídicas dispositivas. As pp. 83 e 84 do último estudo, pôs ele o diagnóstico das velhas teorias: "O culto do poder da vontade individual, às mais das vezes, a tal ponto se conduziu, que o direito objetivo supletivo (das ergãnzende objetive Recht) mais precisa implorar ao

"poder da vontade subjetiva" a sua legitimação e prolonga a sua vida por obra *e* graça da onipotente vontade individual".

Qual a melhor expressão para nomear as chamadas *regras jurídicas dispositivas* (ius dispositivum; leges, quae disponunt tantum, non cogunt)? Direito não-cogente é impróprio, porque as regras autorizativas também o são, bem assim as interpretativas. Direito mediativo (vermittelndes Recht), também não se enquadra; porque introduzir conceito de intermediariedade, que, na verdade, seria estranho aos fatos. Direito dispositivo, que é a mais usada, não foi suplantada por *ergânzendes Rechi* (direito supletivo ou complementante), que se confundiria com a classe das regras dispositivas + interpretativas, porque essas de certo modo também completam.

4. Regras jurídicas interpretativas. Se a regra jurídica é para o caso de dúvida quanto à vontade que se manifesta, vontade há, e é duvidosa: corta a dúvida a regra jurídica interpretativa *(ius interpretativurn),* adotando uma das inteligências, a que parecera ao legislador a mais adequada ao ato juridico stricto *sensu* ou ao negócio jurídico.

Não dissemos: que ao legislador pareceu a melhor dentre as que fizeram vacilar o intérprete; e sim: que ao legislador pareceu a mais adequada ao ato jurídico *stricto sensu* ou ao negócio jurídico. Donde poder dar-se que o intérprete não saiba se é *a* ou *b* o sentido, e a lei estatua que se entenda c; salvo se do texto e das circunstáncias se conclui que de modo nenhum se quis c.

O direito supletivo ou completante, *ergànzendes Recht,* enche ou completa; mas a discussão sobre se nele se incluía a regra jurídica interpretativa, ou se não incluía, tinha a sua razão de ser, porque, incluída, o conceito seria *maior* do que se incluida não fosse. Tratava-se, em verdade, de precisar conceito. Interpretar é apanhar o conteúdo da proposição, do enunciado, fixar-lhe o sentido. Desce-se ao suporte fático do ato jurídico, onde está a manifestação de vontade, de conhecimento, ou de sentimento. A regra jurídica interpretativa, dir-se-á, subsidia, ajuda, é direito subsidiário, em cedo sentido; não é supletivo, nem completante. Verdade é, porém, que a *regra jurídica interpretativa* não se confunde com a *regra jurídica de interpretação ,* operatória, em vez de colorida do espaço cinzento que a dúvida deixa à vista. Dai ter havido quem considerasse cogente a regra jurídica interpretativa, o que só é certo para as regras jurídicas de inter

pretação, que são gerais e não para o caso de dúvida *(e.g.,* art. 85 *e* 1.666; nesse ponto, certo, E. Hólder, *Kornmentar,* 340; e *XV.* Voche, *Auslegungsregel uná subsidiàrer Rechtssatz,* 65).

O direito pode ser subsidiário, sem ser dispositivo, isto é, pode *estar* no lugar porque a manifestação de vontade não ocorreu, e não porque ela não o ocupou (direito dispositivo), ou porque ela deixou a dúvida sobre parte de si mesma (direito interpretativo). O que não tem cogência é subsidiário (= não —cogente). Tal conceito é inconfundível com o de direito subsidiário, no sentido do Código de Processo Civil, art. 337. Onde a dúvida se revela, incide a regra jurídica interpretativa; onde manifestação de vontade não houve, mas o legislador entendeu que era indispensável, a regra jurídica dispositiva incide. A regra jurídica de interpretação, essa, não, incide cogentemente; não é dispositiva, nem se confunde com a regra jurídica interpretativa. Cumpre, a esse propósito, livrar-se de confusões, já superadas, em que incorreram F. von Savigny *(System,* 1, 58), R. Stammler (Der Garan-tievertrag, *Archiv flir die civilistische Praxis, 69,* 20 s.) e E. Danz *(Die Auslegung der Rechtsgeschàjte,* 2ª ed., 108 s.). A regra jurídica interpretativa é subsidiária, completante, em *menos* do que a dispositiva (cf. W. Vocke, *Auslegungsregel und subsidiÉirer Rechtssatz,* 65 s.); a regra jurídica de interpretação é cogente.

5. *Regras jurídicas integrativas* e *regras jurídicas remissivas.* Há regras jurídicas que apenas completam a expressão de outras, ou porque *definam, e.g.* as dos arts. 43 (que são bens imóveis), 44 (quais os bens que, para os efeitos legais, se consideram imóveis), 47-49 (quais os bens que, por sua natureza, são bens móveis e quais o que a lei também considera móveis), ou porque sirvam a reduzir, ampliar, ou modificar outra regra jurídica. Tais regras jurídicas, formalmente separadas, são partes integrantes de todas as outras regras jurídicas em que se precise da definição, ou a que se refira a redução, ampliação ou modificação. As regras jurídicas, acima referidas, assaz se parecem com as regras jurídicas remissivas: nessas, em vez de se reduzir, ampliar, ou modificar o que a outra ou as outras regras jurídicas estatuem alude-se a essas para as fazer conteúdo (reduzinte, ampliativo, modificativo, ou completante do seu).

A regra jurídica pode ser considerada em si, ou como parte de regra jurídica, que contenha a completa regulação do fato, grupo de fatos ou

conjunto de fatos. Nem sempre a proposição, que se toma como regra jurídica, exaure o esquema de direção; nem sempre a proposição corresponde a uma só regra jurídica. A técnica jurídica ressente-se da gramaticalidade das suas normas; e nem sempre atinge a grau suficiente de logicidade. Por outro lado, há lapsos preenchíveis por interpretação, ou pelas regras jurídicas de outras fontes, o que torna singularmente compósito o material com que trabalha, na explicitação do sistema, o jurista. Não importa a redação, a formulação, da regra jurídica; o que importa éo seu conteúdo, o seu sentido, tal como resulta do que "se diz" nela e do "é dito" no sistema.

6. As chamadas leis interpretativas. A insigne tradição do direito brasileiro é a de repelir a validade de qualquer lei, que, a pretexto de interpretar, edicte regras jurídicas sobre o conteúdo de outras regras jurídicas anteriores.

Na Constituição Política do Império do Brasil, o art. 15, 8º, falava da atribuição de "fazer leis, interpretálas, suspendê-las e revogá-las", que tinha a Assembléia Geral; mas já Pimenta Bueno *(Direito Público Brasileiro,* 1, 75) advertia: "A lei, por ser declaratória, não deixa de ser lei, não deixa de estabelecer uma regra, que pelo menos não foi entendida, que por isso vem a ser nova, pois que não existia antes de ser feita e conhecida ... Basta que daí resulte, e sem dúvida resulta, o fato da retroatividade, para que ela seja radicalmente não só injusta como perigosa; sempre que a retroatividade tiver lugar, a segurança desaparecerá". E acrescentou: "**...** uma tal lei deve obrigar somente da sua promulgação em diante, dominar só o futuro, não o passado". Ora, diante do art. 59, n0

XXXVI, da Constituição de 1988, — regra jurídica explícita e precisa, que tem, atrás de si, toda a tradição do direito constitucional brasileiro contrária à retroatividade, pensar-se em lei interpretativa inserta em ato legislativo, qualquer, ainda que em orçamento, é absurdo. A natureza interpretativa da lei é a relação entre o texto novo e o texto velho; mas relação *subjetiva,* e não *objetiva:* no sistema jurídico brasileiro, não há leis interpretativas.

§ 19. Regras jurídicas impositivas e regras jurídicas proibitivas

1. *Impositividade e proibitividade.* A *norma agendi* consiste em se impor a alguém determinada conduta, o fazer ou o não fazer, no mais amplo sentido (exemplo de regra impositiva: o devedor tem de satisfazer o credor; de regra proibitiva: todos têm de tratar a alguém como proprietário do terreno). Ao direito corresponde dever. No tocante à posse, que é mais fática do que as outras situações, a ofensa não é tida somente como suporte fático de regra jurídica de infração de dever: faz-se suporte fático de ato ilícito. Observa-se isso, muitas vezes, nos sistemas jurídicos: em vez de se considerar somente infração de dever, ou de obrigação, o ato contrário ao direito, tem-se, à parte, como suporte fático de ato ilícito (civil ou criminal, ou ambos).

2. *Regras jurídicas outorgativas.* As chamadas regras jurídicas outorgativas (ou permissivas) são transposições lógicas de regras juridicas impositivas ou proibitivas: o que o proprietário ou o titular de outro direito real pode fazer, com a coisa, é proibido a todos, menos a ele, donde poder fazê-lo e conseguir que outrem reponha, ou restitua, se infringiu a regra jurídica proibitiva; no poder alienar, ou compensar, no poder arguir a indignidade para suceder, nos direitos formativos geradores, modificativos ou extintivos, e nos poderes de representar, dispor e administrar, a atribuição ressalta, tem-se a impressão de que a lei parte do fato jurídico e "permite", em vez de

"impor", ou "proibir". Existiria após as duas espécies, de que falamos, terceira classe, que seria a das regras jurídicas permissivas. Não há inconveniente em que se adote, para fins práticos, a tricotomia (regras juridicas cogentes, regras juridicas permissivas, regras jurídicas supletivas e interpretativas); porém, cientificamente, as regras jurídicas devem ser classificadas segundo a *distribuição dos bens da vida* e atribuir não é classe à parte: para distribuir, basta impor e proibir, ou deixar à vontade dos interessados os atos e omissões *(ob singulorum utilitatem).* Tais regras jurídicas, ditas *outorgativas,* atribuem a alguém *a)* poder sobre alguma porção do mundo exterior, ou *b)* poder de determinar, por sua vontade, algo de jurídico. Tais regras nada mais são do que regras jurídicas impositivas e proibitivas, formuladas pelo modo mais cômodo para a vida. Nem a todas as regras impositivas e proibitivas correspondem regras outorgativas; assim, Eficácia fatos jurídicos e da sua classificação, o que há de estar à base de toda cultura científica.

§ 23. Conceito de *fato* jurídico

Suporte fático Regra jurídica de fático

Regra jurídica Fato jurídico

1. *Incidência e* juridicização *dos suportes fáticos.* Já vimos que o fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico. Vimos, também, que no suporte fático se contém, por vezes, fato jurídico, ou, ainda, se contêm fatos jurídicos. Fato *jurídico* é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade. A oferta é fato jurídico: produz efeitos jurídicos. A aceitação também os produz, porque é fato jurídico. O contrato que delas surge é fato jurídico, com suporte de dois fatos jurídicos: a regra jurídica incide sobre dois suportes fáticos, em correlação, dando ensejo, assim, à bilateralidade.

2.

Incidência, *fato jurídico* e eficácia. No *terreno jurídico,* regra jurídica e suporte fático devem concorrer como causas do fato jurídico, ou das relações jurídicas. A discussão sobre a natureza hipotética da regra jurídica é discussão fora do terreno jurídico: e em torno da obrigatoriedade da regra jurídica. E, então, ou nela se vê a regra jurídica para o caso de se dar o fato, ou de se darem os fatos que integram o suporte fático, e se concebe a juridicidade da eficácia, como só emanada da norma; ou se tem a eficácia como decorrente do fato jurídico, produzido pela incidência. O que fica *para trás* da incidência é político, objeto de ciência, ou de filosofia; não é jurídico. Não é a regra jurídica que fica entre o suporte fático e a eficácia; é o *fato jurídico.* Portanto: É tanto erro enunciar-se que a lei é *causa* da eficácia quanto enunciar-se que é *causa* da eficácia o suporte fático.

A eficácia é *do* fato jurídico.

3.

Suporte fático, elementos a mais e *elementos a* menos. Em relação ao que

a regra jurídica reputa necessário e *suficiente* para se compor o fato jurídico (= entrar no mundo jurídico), o suporte fático é excessivo, ou não-excessivo, ou é insuficiente, ou suficiente.

Suporte fático excessivo: A) B

Suporte fático insuficiente: A > B

Suporte fático suficiente e inexcessivo: A = B

Motivo irrelevante: A + M) > B

Motivo relevante: |BA — — M

4. *Fatos jurídicas.* Os atos humanos são, por vezes, fatos jurídicos. São-nos também o transcurso do tempo, a morte, o nascimento, a destruição das coisas e a invasão definitiva de terras pelo mar. regra juridica, incidindo sobre o suporte fático (destruição da casa, ou nascimento do animal doméstico, ou do homem), faz jurídico o fato. O estar de acordo, a anuência, é, por vezes, suporte fático; e não se confunde com a *declaração* de estar de acordo.

5. *Insuficiência por eliminação.* O fato que a regra jurídica tem como desfalcante do suporte fático, a ponto de torná-lo insuficiente, opera como eliminador da juridicização. Assim, quando o Código Civil enunciava que o adultério deixaria de ser motivo para a separação judicial se o autor houvesse concorrido para que o réu o cometesse, dizia o mesmo que: o suporto fâtico, em que se contêm o fato do adultério, suficiente para a separação judicial. não é suficiente se o cônjuge concorre para que o outro o cometa. O suporte fático não entrou no mundo jurídico. Muito diferente é, como veremos, o que se passa com o perdão.

§ 24. Os atos jurídicos

1. *Ato humano.* A exteriorização ou manifestação da vontade humana pode ser positiva, ou ser negativa (omissão), ainda que por

negligência (esquecimento do ato ou da sua importância). O que se passa interiormente, na vida espiritual interna, não é ato; nem o que resultou dc *vis absoluta;* nem o que não partiu de determinação estranha à vida consciente. O funcionamento normal da vontade, no tocante a atos, que podem ser juridicos, está à base da teoria da capacidade, que alude ao sujeito, e não ao ato em si.

Os atos humanos, se alguma regra jurídica incide sobre eles, dizendo suficiente o suporte fático, fazem-se *jurídicos;* quer dizer: relevantes para o direito. Só assim têm eficácia jurídica. O ato humano, que só é de importância para as relações de cortesia ou de bom tom, não é ato jurídico. O ato humano, que só é objeto de apreciação moral. Não é ato juridico. O ato humano, que só interessa à vida politica, ou religiosa, ou econômica, não é ato juridico. *Sem a incidência de regra jurídica, nâo há ato jurídico.* Sem que se faça juridico o ato humano, não há eficácia jurídica. E preciso que a regra juridica incida sobre o ato humano, e não sobre consequência dele. Incidir sobre a conseqüência do ato não ê incidir sobre o ato, e sim sobre o *fato,* que é a conseqüência. Se destruo o objeto. não pratica ato juridico, de que resulte o perecimento do objeto: sou causa dc fato, que é o perecimento, e o perecimento é que é fato jurídico, acontecimento, e não ato jurídico. Não assim, se o meu ato é *dentro* de relação jurídica, em que sou um dos termos, e.g., se destruo objeto pertencente a outrem, porque então o meu ato é ato ilícito e é causa de fato. que é o perecimento da coisa.

2. *Atos* ilícitos *como atos jurídicos.* Tem-se insistido, demais, em separar os atos *ilícitos e os atos jurídicos.* Em verdade, a regra juridica incide sobre aqueles como sobre esses; colam-os; dá-lhes entrada no mundo juridico.

Esses são atos cuja eficácia ê ativa; aqueles, atos cuja eficácia é reativa. Falar-se de atos jurídicos como se só fossem tais os atos humanos que não importam em reação já é diminuir o sentido de atos juridicos, isto é, reduzi-los aos atos não-contrários ao direito, em vez de os considerar como classe de atos sobre que incide a regra jurídica. Nesse sentido, o crime, o ato ilícito, é ato + incidência da regra juridica; e essa éa definição mesma do ato jurídico.

Os crimes são atos jurídicos; porque atos jurídicos não sào somente os atos conforme o direito, os atos (licitas) sobre os quais a regra jurídica

incide, regulando-os; são-no também os atos ilícitos, sobre os quais incidem regras penais, ou de ofensa aos direitos absolutos, ou de reparação dos danos, ou de violação dos direitos de crédito, ou outros.

Os atos juridicos, que consistem em declarações ou manifestações de vontade reguladas pela lei, foram suportc tático de regras jurídicas, que os classificaram e lhes regulam a *eficácia jurídica.* Os atos ilicitos, penais ou civis, são tratados como reprovados e reguladas pelas regras juridicas as suas *consequências.* As conseqüéncias dos atos ilícitos são criações das regras juridicas, para os reprovar. Tais atos ilicitos são, por vezes, simples infrações de obrigações pessoais.

§ 25. Declarações e manifestações de vontade

1.

Definições . As manifestações e as declarações de vontade são as exteriorizações da vontade, aptas a serem elemento de suporte fático de fato jurídico, com ou sem o intuito de se ter eficácia jurídica de tal fato. Essa definição corrige as definições correntes que excluem a referência ao fato jurídico, de jeito que seriam declarações ou manifestações de vontade dirigidas à eficácia juridica. Podem ser assim dirigidas, e não serem declarações ou manifestações de vontade, no sentido que nos interessa; é preciso que sejam aptas a serem fatos jurídicos. Ora, tais fatos (que são as declarações de vontade após entrarem no mundo juridico), podem vir a ter, ou não, eficácia jurídica, ou ter sido, ou não, com esse intuito. O intuito é, talvez, o da eficácia, mas para essa é preciso que possa ter surgido o fato juridico. Quem declarou vontade de contratar e é nula, ou anulável, ou ineficaz, a declaração, declarou nulamente ou anulavelmente; há fato jurídico, e é nulo, ou anulável, ou ineficaz.

ineficácia ab initio, ou eventual.

A eficácia jurídica depende de regra, que dê, ou não, ao fato juridico defeituoso, ou não, efeitos. E outro ponto. A manifestação ou declaração de vontade que não consegue fazer-se fato jurídico, essa, ainda que tenha sido clara no destinar-se à eficácia jurídica, não na tem, porque a eficácia é do jurídico, e não do puro suporte fático que seria a manifestação de vontade. O ordenamento jurídico permite que

atos humanos classificáveis como manifestações de vontade entrem no mundo jurídico (= sejam fatos jurídicos) e, portanto, que de cada um deles, ou de alguns deles, em complexo, emane eficácia jurídica. O conteúdo da vontade é, na ordinariedade dos casos, o que constitui o suporte fático sobre o qual a regra jurídica incide. O que o fato jurídico manteve desse conteúdo é determinante para a eficácia, que é criação do direito, em relação de causa e efeito. Mas causa é o fato jurídico (= suporte fátíco + incidência da regra jurídica), e não só o suporte fátíco, nem só a regra jurídica.

2.

Manifestar e declarar. E preciso não se confundirem a simples exteriorização da vontade e a declaração de vontade. A confusão vem de longe e dela ainda fora vitima Konrad Cosack *(Lehrbuch,* 1, 3º ed., 149). Ou a) se tem a declaração de vontade como espécie daquela, ou *b)* se têm as duas como espécies (então melhor seria dizer-se declaração de vontade e manifestação stricto *sensu* de vontade). A declaração de vontade é a exteriorização declarada, tornada clara". Deve-se tal explícitação a A. Brinz *(Lehrbuch der Pandekten,* 1, 1º ed., 1555); depois, certos, E. Hólder *(Pan dekten,* 216), F. Regeisberger *(Pandekten,* 473), R. Leonhard *(Der Allgerneine Te!!,* 256), W. Monich *(Willenserklàrunůnd Rechtsgeschàft,* 22) e Fritz Friedmann *(Rechtshandlung,* 15). Pretendeu C. Crome (System, 1, 321), que adotou a verdadeira dicotomia, restringir o conceito de declaração de vontade: não seria declaração de vontade tudo que se declarou, e sim só o que, segundo as regras jurídicas, se pode declarar e se declarou. Mas isso é confundir o jurídico e o fático, a declaração de vontade peneirada pelo ordenamento jurídico (o que fica do suporte fático após a incidência da regra jurídica) e a declaração de vontade antes disso. Declaração de vontade é espécie ou elemento de suporte fático, e não espécie de fato jurídico. Não é característica da declaração de vontade que dela emanem efeitos jurídicos; o que a pode caracterizar não é a finalidade ocasional, exatamente aquela que ela tem *quando* se destina a gerar negócio jurídico. A declaração de vontade, fazendo-se fato jurídico (ato jurídico *stricto sensu* ou negócio jurídico), já não é só a declaração de vontade, já não é apenas o suporte fático. A eficácia jurídica pode ser menos, ou ser mais, ou ser menos e mais, do que a eficácia jurídica que o declarante "queria", ou a que destinava a sua declaração de vontade. Negócio jurídico é fato jurídico de que a declaração de vontade (ou manifestação de vontade, vê-lo-emos) foi suporte fático; mas também há atos jurídicos stricto sensu que provêm

de declarações de vontade.

A declaração de vontade é a alguém: à pessoa, a que se dirige, ou à autoridade pública, ou a quem possa guardá-

la. O testamento cerrado contém declarações de vontade, que vão ser conhecidas mais tarde. Dá-se o mesmo com os votos secretos, ou as instruções para serem abertas mais tarde. Porém não basta a direção a alguém para ser declaração de vontade a exteriorização de vontade. Nem é preciso que outra pessoa a conheça ou a receba. Dai distinções que adiante exporemos.

3.

Declaraçã o de *vontade.* Em toda declaração de vontade há a vontade, que é conteúdo da proposição; a vontade que se declara existir em si mesma; e a de declarar. Quando assino a escritura pública de venda e compra, declaro a vontade de vender (ou de comprar), e mostro, pelo ato da declaração, *b)* a minha vontade de declarar. O erro quanto à vontade *b)* atinge o negócio jurídico, porque se mio quis declarar; não assim o erro quanto à vontade declarada, razão por que a *reserva* mental não faz nula, nem anulável, a declaração: somente concerne à vontade a). Quem observe a evolução da dogmática jurídica, e diga que à teoria da vontade levou a palma a teoria da declaração, nada mais faz do que outrem que a observasse e dissesse que se analisou a declaração de vontade e se chegou à conclusão de que relevante, para o direito, é a declaração, e não a vontade.

4.

Três espécies de atos humanos. Quando o ato não foi querido, ou se abstrai de ter sido, mas a regra jurídica incide, fazendo-o jurídico e, pois, producente de eficácia jurídica, não produz negócios jurídicos, nem ato jurídico stricto sensu, mas sim atos-fatos jurídicos. Os atos humanos juridicizáveis são, portanto, ou declarações de vontade, ou manifestações de vontade (negócios jurídicos e atos jurídicos stricto sensu), ou atos-fatos juridicos. Nesses, a vontade não é causa deles; a regra jurídica incide sobre eles, sem *ver neles* declarações ou manifestações *de vontade:* são atos-fatos, atos a que se dá a entrada no mundo jurídico como fatos juridicos, e não como atos jurídicos. O ato ilícito é a quarta espécie.

§ 26. Exteriorizações de vontade abstraída e irrelevante

1.Atos-fatos jurídicos e atos *jurídicos* stricto sensu. Há *exteriorizações* de vontade em que não há a declaratividade (declaro = quero declarar para que surja como negócio jurídico; portanto, com a sua eficácia), nem manifestação de vontade de negócio (= manifesto querer que surja o negócio jurídico; portanto, com a sua eficácia); algumas das quais se parecem com as manifestações negociais de vontade. Dai, duas classes: a das parecidas com as declarações ou manifestações de vontade; e a daquelas que se não parecem com as manifestações negociais de vontade. A primeira classe compreende: as reclamações, como a de pagamento (inter-apelação extrajudicial), a interpelação judicial, a fixação de prazo, as oposições a atos de outrem, as cominações, todas comunicações de vontade; a segunda classe as notificações, ou comunicações de conhecimento, como a do credor ao devedor quanto acessão do crédito, do locador ao locatário para ciência da alienacão do prédio arrendado, do comprador ao vendedor sobre vicio da coisa comprada, a notificação de se ter passado procuração para algum negócio, a notícia da demora de aceitação, o ato de reconhecimento da pretensão que importa em interrupção da prescrição (Código Civil, ml. 172, V; Decreto ne 21.638, de 18 de julho de 1932), inconfundível com o negócio jurídico declarativo ou de reconhecimento, em que há declarações de vontade, e não somente comunicações de vontade. Teremos de discutir se são e quais são as que dão ensejo a atos juridicos.

2. *Atos-fatos* jurídicos. Os atos-fatos são atos humanos, em que não houve vontade, ou dos quais se não leva em conta o conteúdo de vontade, aptos, ou não, a serem suportes fáticos de regras jurídicas. A variedade deles ainda não permitiu que se lhes descobrissem todas as regras gerais; e as regras sobre os negócios jurídicos não podem apanhá-los.

3. Atos jurídicos stricto sensu. Alguns atos humanos são exteriorizações (inclusive comunicações) de fatos psiquicos sem o intuito da criação de negócio jurídico; e.g., exteriorizações de conhecimento, de sentimento, de vontade. É *ex lege* que lhes decorrem

a juridicidade e a eficácia: a lei os faz juridicos e lhes atribui efeitos, quer os tenham querido, ou não, as pessoas que os praticaram. Esse fato de poderem ter sido queridos os efeitos não os faz declarações de vontade, nem manifestações de vontade negociais; mas é bastante para que se submetam a certas regras que são, também, para as declarações de vontade e as manifestações de vontade criadoras de negócios jurídicos. Aqui, é preciso evitar-se que se invoquem para eles regras que somente concernem ao conteúdo de vontade no grau com que aparece nas declarações e manifestações de vontade negociais e, a fortiori, que se desloquem os atos jurídicos stricto sensu de ocasional conteúdo de vontade para serem classificados como declarações de vontade (sem razão, pois, a atitude de i. Breit, Die *Geschàftsfàhiqkeit,* 1, 138 s.): tal *conteúdo* não é dirigido, conceptualmente, a juridicizar *negócio,* nem a ter a eficácia jurídica do fato jurídico que deles surja; o conteúdo volitivo, que acaso tenha, não é suporte fático do fato jurídico e, pois, não alcança a eficácia jurídica como eficácia do que o fato jurídico manteve de tal conteúdo. A diferença é ineliminável e erram os que a tentaram eliminar. Quem interpelou não precisa ter querido determinado efeito, e só obtém os que a lei mesma atribui à interpelação.

A declaração de vontade é sonoridade *(ela rus* é o som brilhante, antes de ser o brilho da luz), é proclamação; sem concilio, portanto sem endereço. Claro, declaração, clamor, proclamação, declamar, clarim, têm o mesmo étimo. Ninguém clama a ocupação, nem a constituição de domicílio, nem a tomada da posse. Se as clamar, fez mais do que ocupar, domiciliar-se, ou tomar posse; declarou. Quem reconhece a pretensão e assim interrompe a prescrição não declara; se declara, reconheceu a pretensão em novo negócio jurídico, dito negócio jurídico de reconhecimento ou declarativo, que contém aquele reconhecimento.

A declaração de vontade foi tida como o conteúdo normal do negócio juridico. Donde ter-se procurado identificar suporte fático com declaração de vontade e suporte fático de negócio jurídico. Não haveria negócio jurídico sem que existisse, no seu suporte fático, declaração de vontade, e todo fato jurídico em cujo suporte fático houvesse declaração de vontade seria negócio jurídico. A realidade, porém, não se mostrou tão simples; de modo que se arrebentou, aqui e ali, a construção *a priori.* Há negócios juridicos sem que no suporte fático haja declaração de vontade; e há suportes fáticos em que há declarações de vontade sem que surja negócio jurídico.

4.

Atos mistos. Ao ato juridico *stricto sensu* pode juntar-se a manifestação negocial de vontade. A divida tem de ser paga a 2; o credor exige o pagamento de 2 a 10. Entendia E". RIem *(Die Rechtshandlungen im* engeren Sinne, 23) que a condição ou termo não poderia admitir-se, nos atos jurídicos *stricto sensu,* que entram no mundo jurídico e têm a sua eficácia ex *lege,* porquanto, para isso, seria preciso que o agente pudesse determinar livremente o que queria da juridicidade do fato e da eficácia. O ato jurídico stricto sensu não poderia fazer-se com declaração de vontade ou juntar-se a declaração de vontade; em suma, mudar de tipo ou fundir-se a outro. Ora, o ato misto pode ter dois efeitos, *e.g.,* o da mora e o da oferta de espera, e não só esse (sem razão, A. Manigk, *Willenserklàrung und Willensgeschõft,* 742); de modo que a parte negocial é suscetível de condição e de termo.

Mais: há atos jurídicos stricto sensu em cujo suporte fático não basta que a vontade, o conhecimento, ou o sentimento seja manifestado, — é preciso que seja *declarado.*

5.

Manifestações de sentimento. São manifestações de sentimento os *perdões (eg.,* Código Civil, art. 319, antes da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977: "O adultério deixará de ser motivo para o desquite: II. Se o cônjuge inocente lho houver perdoado."). Discute-se se a remissão de dívida é declaração ou manifestação de vontade, ou exteriorização de sentimento, ou realidade no mundo jurídico como simples fato, acontecimento (não como ato). Quanto ao perdão do adultério, entendeu Fritz Friedmann *(Rechtshandlung,* 47) que é suscetível, ele mesmo, de condição ou termo: o cônjuge inocente pode perdoar sob condição ou a termo, pois faz depender da condição ou termo o perdão. Aliás, a condição teria de ser dentro do prazo da preclusão ou da prescrição. O

assunto merece estudo à parte.

Aqui, não devemos entrar na discussão da classe, ou classes, de fatos jurídicos, em que entram a remissão de divida e o perdão. Só nos interessa a análise dos elementos típicos no suporte fático de uma e de outro.

6.

Ocupar e derrelinquir . Distinguia A. Manigk *(Das Anwendungsgebiet der \/orschniften fOr die Rechtsgeschãft,* 190 s), no começo do século, os negócios de declaração e os negócios de vontade, pondo entre esses a ocupação e a derrelicção. K. R. Czyhlarz (Ch. Fr. Glúck, *Ausfúhrliche Erlãuterung der* Pandekten, 41-42, 1ª parte, 171) e outros tinham a ocupação como negócio jurídico; i. Biermann, *Sachenrecht,* 95) e Konrad Cosach *(Lehrhuch,* II, 132), a derrelicção; E. 1. Behker *(System,* II, 47) e Fritz Friedmann *(Rechtshandlung,* 36), as duas.

Quando se diz que a derrelicção é praticamente sem efeito se alguém não se apossa da coisa, ou dela não se apropria (e.g., Fr. Hellmann, Zur Lebre von der Willenserklárung, *Jherings Jahrbúcher,* 42, 425), dá-se demasiado valor aos efeitos *positivos* e se eliminam os negativos: houve a derrelicção, e o bem está, não só teórica como praticamente, adéspota, *res nuílius.* Não há declaração de vontade na derrelicção; se há, é supérflua. A manifestação de vontade pode ser, oportunamente, questão de prova, para se saber se houve, na deixada de posse, o intuito de demissão da propriedade. Mas a derrelicção é negócio jurídico; exatamente, exemplo daqueles negócios jurídicos a que se não exige declaração de vontade basta manifestação de vontade. O louco, que jogou fora o objeto, nulamente quis. A ocupação, conforme vemos, não é negócio juridico.

7.

Os *chamados atos reais. Atos reais* são os atos humanos que são tratados como acontecimentos, dando ensejo à incidência da regra jurídica indiferente à vontade e, pois, a transformação do ato em ato-fato jurídico (=

a sua entrada no mundo jurídico como ato-fato jurídico); *e.g.,* especificação, tomada de posse, descobrimento de tesouro, feitura de livro, quadro, ou estátua, descoberta científica. O ato é ato humano, de regra com conteúdo de vontade; porém tratado como avolitivo, como fato puro, acontecimento do mundo extrajuridico que entra no mundo juridico pela incidência de regra jurídica sobre fatos. O esvaziamento do conteúdo de vontade é completo; e de modo nenhum se podem invocar, para os regerem, regras jurídicas concernentes às declarações de vontade (2. RIem, *fie Rechtshandlung* irii *engeren Sinne,* 29 e 42).

Os atos reais não são mais do que atos-fatos jurídicos.

8.

Constituição de domicílio. A constituição de domicílio é ato real, isto é, ato-fato jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu,* isto é, parecido com os negócios jurídicos? L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, l2e recomposição, 331) corrigiu-se da sua inclusão da constituição de domicílio, da gestão de negócios sem mandato e da restituição do penhor nos atos reais, em vez de nos atos jurídicos *stricto* sensu, isto é, parecidos com os negócios jurídicos (atos jurídicos não-negociais, ou atos jurídicos *stricto* sensu). Com essa atitude conformou-se Hans CarI Nipperdey, na 395 ed. (§ 128, nota 8). Excluiu-se, pois, a classe dos atos reais mistos. Antes deles, quanto ao domicilio, A.

Manigk *(Willenserklârung und Willensqeschãft,* 678 s.) e, com esse, A. von Tuhr *(Der Allgemeine Teil,* 1, 429).

A gestão de negócios obriga ao gestor, por sua vontade, porém nada tem com as pretensões do dono do negócio, a quem não se dirige a vontade do gestor (por isso, não édeclaração negocial de vontade, falta-lhe o endereçar-se a alguém). A restituição do penhor, ainda que não se dirija, como vontade, ao dono da coisa, extingue o direito real de garantia.

A constituição de domicílio não é negócio jurídico. A vontade da pessoa apenas exerce, aí, a função de fazer permanente a estada de fato: por ela, dura o centro dos interesses de vida e de negócios; é a vontade que constitui o domicílio, o fato, — *larern rerumque ac fortunarum suarum* summam constituit (L. 7, C., *de incolis et* ubi *quis domicilium habere videtur,* 10, 40). E ato jurídico semelhante aos negócios jurídicos; não negócio jurídico.

O

lugar, dentro do circulo do domicílio, em que se habita, esse se constitui e finda por ato real (ato-fato jurídico).

§ 27. Regras jurídicas comuns

1. *Atos jurídicos e regras comuns a eles.* Algumas regras jurídicas concernentes aos negócios jurídicos incidem nos atos juridicamente parecidos com os negócios jurídicos, atos jurídicos *stricto sensu.*

E á analogia, de ordinário, que se recorre. Começa-se pelas regras jurídicas sobre incapazes. A reserva mental é também sem influxo no ato jurídico *stricto sensu.* As regras jurídicas sobre erro, dolo e fraude, de regra, incidem.

A representação é possível, exceto, por exemplo, para a fixação do domicilio. O caso, imaginado por Fritz Friedmann *(Flechtshandluflg,* 48), da família, cujo chefe se ausentou, e teve ela de mudar de cidade, devido o cólera , não seria de representação, porque o decidiu amigo da familia; teria havido fundação de novo domicilio pela mulhen ou não seria seu o domicílio: a família estaria no domicilio do amigo.

2.

Capacidade. A capacidade para negócios jurídicos, pAra atos jurídicos, para atos ilícitos e para a aquisição de direitos e deveres chama-se, respectivamente, *capacidade* negocial, *capacidade de atos jurídicos, capacidade delitual e capacidade de direito.*

Os atos semelhantes a negocios juridicos, atos jurídico *stricto sensu,* têm de satisfazer exigências de capacidade negocial por serem declarações e manifestações de vontade. Os atos reais não exigem senão a capacidade de fato para a prática do ato e a capacidade de direito para adquirir (o louco pode ocupar,pode especificar, pode descobrir tesouro e adquirir a metade, pode escrever artigo de jornal, livro, ou canção , ou compor musica, e adquirir o direito de autor).

Os atos ilícitos, não-culposos, não se prestam a capacidade, que eles requerem. Para o mau uso da propriedade, de que fala o art. 554 do Código Civil, não se exige capacidade delitual, ou negocial; bem assim, nos casos do art. 555.

A capacidade de obrar (Handlungsfàhigkeit), de que se f alava nos séculos passados, era mescla de conceitos da capacidade negocial e da delitual.

§ 28. Atos ilícitos

1. *Conceito. Atos ilícitos* são os atos contrários a direito, quase sempre culposos, porém não necessariamente culposos) dos quais resulta, pela incidência da lei e *ex leqe,* conseqüência desvantajosa para o autor. Não importa se o ato ilícito é, também, declaração de vontade (alienação culposa de bem alheio), comunicação de vontade ou de conhecimento, ou ato real (especificação culposa). A ilicítude trata-se de maneira técnica diferente: a regra jurídica torna jurídico o fato (ato) e atribui-lhe efeito que é contra os interesses do autor dele, ou do responsável pelo autor dele. São atos ilícitos os crimes, as ofensas a direitos absolutos, a partir-se das negações, as infrações de obrigações pessoais ou de outras pretensões. Entram na classe dos atos ilícitos certas pré-eliminações e perdas que são Consequências do ilícito (consentimento no adultério; perda do pátrio poder, em virtude de condenação criminal ou outra causa ilícita), não, porém, os atos que só excepcionalmente se permitem e dos quais, todavia, decorre dever de indenização (Código Civil, arts. 160, II, 1.519 e 1.520), posto que as leis os digam, às vezes, atos ilícitos. São, diz-se, sem razão, objetivamente contrários ao direito; subjetivamente, permitidos. Os atos em estado de necessidade são subjetivamente permitidos; não são objetivamente contrários a direito, porque exatamente a respeito deles se pré-excluira essa contrariedade.

2. *Contrariedade* a *direito.* O conceito de contrariedade a direito somente não é totalmente coextensivo a ilicitude, porque os sistemas jurídicos deixam que fiquem sem Consequências contra o agente certos atos contrários a direito. Por outro lado, não só o ato humano pode contrariar o direito; donde surgirem as classes dos fatos ilícitos e dos atos-fatos ilícitos.

§ 29. Mudança de classe

1. *Classes e deslocação.* A mudança da regra jurídica pode acarretar que o ato jurídico de uma classe se torne de outra. Foi o que aconteceu, por exemplo, com o apossamento. Antes, a posse era ato

que se assemelhava aos negócios jurídicos; passou a ser simples ato real a tomada (unilateral) de posse. O suporte fático é só ato juridicamente avolitivo. Não se há de inquirir se houve, ou não, vontade. A circunstância f ática é que importa como ato. A própria perda da posse pode ser animo contrario (F. Endemann, *Einfúhrung,* 3º ed., 1, 148).

2.

Tomada *de posse* e *transmissão voluntária da posse.* A transmissão da posse, não *ex lege,* é negócio jurídico. O incapaz pode tomar a posse, se pode ter o poder efetivo sobre a coisa, como pode especificar e praticar qualquer ato da mesma categoria. Tais atos não podem ser anulados por erro, dolo, ou fraude. Nem se há de pensar em qualquer anulação de ato como a tomada de posse e a especificação. Nem cabe juntar-se-lhe condição, ou termo. Outra coisa ocorre quanto ao negócio jurídico da transmissão de posse, ou se há a condição que tem por objeto tomada de posse, ou se o prazo é a partir da tomada de posse, ou qualquer negócio jurídico que obrigue ou permita tomada de posse. Em todos esses casos, o ato juridicamente avolitivo é puro; somente é condicionado, ou a termo o negócio jurídico (cf. Fritz Friedmann, *Rechtshandlung,* 33, nota 2).

§ 30. Negócio jurídico

1. *A expressão "negócio jurídico".* O direito romano não alcançara usar o conceito unitário de *negócio* jurídico.

Continuou no pluralismo empírico, a que correspondiam as expressões *negotium,* gestum, *factum, actus, actum, contractum (cf.* A. Pernice, Marcus *Antistius Labeo,* 1, 1873, 403 s.). Foi a linguagem jurídica alemã que o adotou (Rechtsgeschâft), seguida pela critica histórica e doutrinal (O. Gradenwitz, *Die Ungiltigkeit obligatorischer Rechtsgeschãfte,* 297 s.). A expressão "negócio jurídico" *(rechtliches Geschãft)* vem do século XVIII; no século XIX, G. Hugo escrevia-o, em alemão, numa só palavra: *Rechtsgeschàft,* e generalizou-se o seu emprego (cf. 5. Schlossmann, *Der Vertrag,* 131). Nas línguas latinas, temos de conservar a expressão "negócio jurídico", que é excelente. O conceito de negócio jurídico é utilíssimo na técnica jurídica, tanto quanto na ciência. Foram baldas as investidas de 5. Schlossmann *(Zur*

Lehre von Zwange, 11; *Der Vertrag,* 139), que o reputava "escolástico" e "sem valor científico . Muito já possui de ciência quem sabe distinguir ato-fato jurídico, ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico.

2.

Autonomia da vontade e negócio *jurídico.* O negócio jurídico é o tipo de fato jurídico que o principio da autonomia da vontade deixou à escolha das pessoas. A pessoa manifesta ou declara a vontade; a lei incide sobre a manifestação ou a declaração, ou as manifestações ou declarações de vontade; o negócio jurídico está criado: a declaração ou declarações, a manifestação ou manifestações de vontade fazem-se jurídicas; entram no mundo jurídico; o mundo jurídico recebe-as, apropria-se delas. "Comme l"homme est libre, il y a des engagements oú il entre par sa volonté" (~J. Domat). E o mesmo dizer-se, tecnicamente: sendo livre de declarar ou manifestar a vontade, a pessoa declara-a ou manifesta-a; e a regra jurídica introduz no mundo jurídico a sua vontade.

3. *Problema da conceituação do* negócio jurídico. Na conceituação de negócio jurídico, divergiram duas correntes: uma, que exigia mais de uma exteriorização de vontade, para que negócio jurídico houvesse; outra, que considerou negócio jurídico a oferta, a aceitação e também o contrato. À primeira pertenceram F. Endemann *(Einfúhrung,* 3º ed., 1, 255, nota 2), R. Leonhard *(Der Alíqemeine Teil,* 257), C. Crome *(Svstem,* 1, 321), W.

Monich *(Willenserklãrung und Rechtsgeschãft,* 92), O. von Gierke *(Deu tsches Privatrecht,* 1, 283, nota 2, que falou de partes-suportes do negócio jurídico, "Bestandteilen"). A segunda, E. 1. Bekker *(Sys tem,* II, 11), E.

Hôlder, *(Allgemeinen Teil,* 236), 1h. Kipp (B. Windscheid, *Lebrbuch,* 1, 9º ed., 312 e 315) *e* Fritz Friedmann *(Rechtshandlun˚,* 16).

Teremos ensejo de ver que há negócio na oferta e há negócio na aceitação, se bem que tenham por fim a composição de negócio jurídico bilateral.

4.Definição de negócio *jurídico.* Na definição de negócio jurídico, os

juristas cometem, por vezes, erro grave de teoria geral do direito. Assim, G. E Puchta *(Pandekten, 2ª* ed., 67, 9º ed., 74; *Kursus der Institutionen, 7º* ed., 293), B. Windscheid *(Lehrbuch,* 8e ed., 266, 9e, 310), R. Sohm *(Institutionen,* 201) e muitos outros falaram e falam de intuito de eficácia jurídica da declaração ou manifestação de vontade. Omitem o fato intercalar da juridicização do fato (= incidência da regra jurídica sobre o fato). Ora, a vontade pode não ser dos efeitos jurídicos: quem compra não pensa na actio *empti;* pensa em vir a adquirir a coisa, o que não depende só da venda e compra; pensa no negócio jurídico; e ainda que pensasse em *x* efeitos jurídicos, a declaração ou manifestação de vontade só irá obter aqueles que resultarem do negócio jurídico mesmo. A manifestação de vontade é suporte fático. Negócio jurídico é o ato humano consistente em manifestação, ou manifestações de vontade, como suporte fático, de regra jurídica, ou de regras jurídicas, que lhe dêem eficácia jurídica. E pois definir *b* como a +

d, isto é, falar-se de negócio jurídico, *b,* que émanifestação de vontade, a, com intuito de eficácia jurídica, *d,* omitindo-se a alusão à classe a que pertence *b* (atos humanos) e ao elemento, *c,* que o faz causa de efeitos jurídicos: a incidência da regra jurídica.

5.

Manifestações e declarações de vontade. Discutiu-se se *a)* a todo negócio jurídico só corresponde declaração de vontade, ou *b)* se há negócios jurídicos que não correspondem a declarações de vontade, isto é, negócios jurídicos que são fatos jurídicos devidos a regras jurídicas em cujo suporte fático há *manifestações* de vontade, sem serem *declarações* (de-dar-ações) de vontade. Se *a)* é verdadeiro, a identificação é perfeita entre negócio jurídico e declaração de vontade, sobre a qual incidiu a regra jurídica. Se, em vez disso, é verdadeiro *b),* não é preciso a observação "clara" do que se quer, a "declaração", e, ai, atos jurídicos, como a derrelicção, podem ser e são negócios jurídicos. Nota-se, no correr da discussão, que há, ainda, *c)* os que reduzem o conceito de negócios jurídicos àqueles casos em que a declaração de vontade precisa de recepção, *d)* os que só o admitem até abranger qualquer declaração de vontade jurídícizada e e) os que fazem negócio jurídico todo fato jurídico humano com *animus.* Se a eficácia équerida pelo que exterioriza a vontade, há, para os últimos, negócio jurídico.

Foram de todo procedentes as criticas de H. lsay *(Die Willenserklãrun° irn Tatbestande des Rechtsgeschãfts,* 13 e 48) à identificação que se

pretendera entre negócio jurídico e declaração de vontade. Nem todos os negócios jurídicos exigem que no seu suporte fático haja declaração de vontade.

6.

Negócios jurídicos sem *declaração de vontade.* Há negócios jurídicos que não são contratos; nem, sequer, se constituíram pela incidência de regra jurídica em declaração de vontade, e sim apenas em exteriorizações de vontade sem "declaração". Uma coisa é exteriorizar, manifestar; outra, declarar, fazer claro. Se tiro o livro da mesa e o ponho na janela, manifestei vontade, e não a declarei; se digo que o fiz, declaro. Se jogo fora o livro, de que não mais preciso, manifestei vontade, sem declarar. Nem se argua que houve mudança de significado, entre a linguagem vulgar e a jurídica (cf. E. Zitelmann, *Allgerneiner Teil,* 89 s.). O erro era dos juristas e da sua linguagem.

7. Conclusão. As considerações, que acima foram feitas e apresentadas com o laconismo, com que se costumam inserir nos livros de direito civil e de teoria geral do direito, de si mesmas revelam que o problema da classificação dos fatos jurídicos é um dos mais importantes e dos mais delicados. O método de análise do elemento humano, ou não-humano, que se inclui nos suportes fáticos, evidencia-se deficiente e falho. Perdeu-se muito tempo em se pretender provar a correspondência entre o elemento "declaração de vontade" e o negócio jurídico; e, ao se manter a distinção clássica entre atos jurídicos e atos ilícitos, ou, quando muito, negócios jurídicos, atos parecidos com os negócios jurídicos, atos reais e atos ilícitos, prejudicou-se a riqueza de elementos e de combinações. A classificação tem de ser feita no mundo jurídico, onde estão os fatos jurídicos, e no mundo fático, onde estão os suportes fáticos. Daí a necessidade de procurarmos classificação que obedeça a essa exigência e seja exaustiva; mas tal classificação já se prende aos arts. 74-160 do Código Civil e exige trato à parte (§§ 159-283).

§ 31. Espécies de fatos

1.

Fatos singulares, estado de fato; positivos e *negativos; simples* e *complexos.* Os fatos ou são *fatos singulares* ou *estado de fato,* conforme se dão instantaneamente, ou duram. Ou são *positivos,* ou *negativos,* segundo mudam algo do mundo, ou mantêm imutabilidade. Ou se compõem de um *fato* único, dito *fato simples,* ou de fatos ou elementos fáticos em conexidade, no mesmo momento ou em sucessividade *(fatos* complexos, unitemporais, ou sucessivos). Os fatos complexos sucessivos dão ensejo à *aparência* de eficácia preliminar ou antecipada.

2. *Estado de fato.* 0 estado supõe permanência de fato, portanto algo que é diferente do que foi, *antes dele começar,* e que será, *se ele cessar* ou *quando cessar.* A ausência, o lapso para prescrição ou para usucapião, a duração da posse, o crime permanente, o ato ilícito continuado, a residência. Em todos esses casos, *o* estado é elemento do suporte fático. Há estados elementos (já) da eficácia do fato jurídico: o estado de casado, a prisão (que não pode ser instantânea, embora cesse imediatamente). Ás vezes, o direito considera instantâneos fatos que duram pouco, para que se configure como fato atômico o que tem unidade, porém não permanece o tempo suficiente para se ter como estado. A capacidade de direito, a capacidade política, a civil, a negocial e a delitual, todas são estados elementos de fatos jurídicos, que exsurgiram da incidência da regra jurídica sobre fatos, como

“nascer homem”, “nascer no Brasil“, “ter vinte e um anos“ -

3. *Pendência* e *expectativa.* Se o suporte fático não se comnõe de um fato, ou, pelo menos, em pequeno trato de tempo, pode dar-se a gradação de entrada no mundo jurídico, com a situação de *pendência* e, pois, a aparição da *expectativa.* Mas, desde logo, a fim de se evitar a fácil discussão dos juristas em torno do problema, cumpre distinguir a expectativa eficácia *jurídica* e a espera, expectativa, no sentido psicológico. O assunto será versado, minudentemente, no lugar próprio.

4.

Fatos do mundo físico e *Fatos do mundo psíquico.* Os fatos jurídicos podem ter no suporte fático fatos do mundo físico, em sentido estrito, ou fatos do mundo psíquico. Alguns fatos humanos entram na classe daqueles; outros, na classe desses. Alguns fatos jurídicos são recebidos como atos humanos; e isso os torna subclasse tão caracterizada que se empregam os termos "fatos jurídicos" (senso estrito) e "atos jurídicos" como se fossem duas classes.

Os atos humanos podem ser tidos como fatos (acontecimentos), e não como atos, conforme o que se admite, deles, no mundo jurídico, é o *fato,* a modificação do mundo em causação fática física, em vez do ato humano, em causação fática psíquica.

O

semear e o plantar são atos humanos; a especificação, que étransformação de uma coisa em outra, é ato humano. No entanto, nessa e naqueles, abstrai-se da vontade de quem plantou, semeou, ou especificou: só se leva em considera~ão o fato que há em todo ato humano. Por isso mesmo, não seria possível falar-se do ato jurídico da semeadura, da plantação, ou da especificação. Só se dá entrada ao ato humano, no mundo jurídico, como ato jurídico, se se dá relevância ao ato humano como *fato da consciência* ou *como fato da vontade.* Tais discriminações são fundamentais em direito.

5.

Regulação e satisfação. Os atos humanos podem ser *regulo-dores* (= normativos) ou *satisf ativos,* sejam esses espontâneos (= voluntários), ou forçados (pela autoridade estatal, ou executivos forçosos; ou por outro interessado), ou autotutelares (e.g., art. 502). Os reguladores ou são provimentos (normativos mandamentais) ou atos de autonomia (negócios). Em todo caso, o ato regulador pode ter função satisfativa; e haver dose de provimento no ato negocial, ou de autonomia, inclusive para atenuar, regulativamente, essa (heteronomia relativa). O ato normativo nunca se faz regra jurídica, se tem de continuar fato jurídico, interior, portanto, ao mundo jurídico, e não determinador dele: fazendo-se regra jurídica, ultrapassou os limites do provimento, ainda estatal, que regra *ex nibilo* (aqui, mais uma vez, se há de repelir uma das mais graves confusões de Hans Kelsen, *Hauptprobleme,* 565, e *Alígemeine Staatslehre,* 236, entre ato jurídico normativo e lei).

§ 32. Suporte fático do ato jurídico "stricto sensu", do *ato-fato* jurídico, do ato ilícito e do *fato* jurídico

puro

1.

Diferenças de composição. A doutrina do suporte fático erigiuse, de começo, apenas a propósito dos negócios jurídicos, posto que houvesse emanado do direito penal. Como a expusemos, é comum a todo o direito.

No que toca a fatos jurídicos *stricto* sensu, a atos-fatos jurídicos e a atos jurídicos *stricto sensu,* a sucessão dos elementos não tem o interesse que apresenta a respeito dos negócios jurídicos, porque os elementos se vão jun-tando no suporte fático complexo, até se perfazer o que a lei exige, e essa, de regra, só se satisfaz (= a regra jurídica só incide) quando o último elemento se compôs. Noutros termos: o direito, a respeito de fatos jurídicos não-negociais, só se interessa por e só dá entrada a suportes fáticos *completos,* ainda quando de formação sucessiva. Espécies como os *efeitos preventivos* da vocação legítima do concebido (art. 49, 2ª parte: "... a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro"; e 462), aí iguais aos dos negócios jurídicos respeito a eles (arts. 462, 1.169, 1.718), são raros. O já concebido e não nascido é a fonte máxima de tais efeitos, inclusive negativamente *(e.g.,* a respeito de efeitos preliminares, negativos, de reembolso de despesas úteis). Todavia, teremos de estudar um dos mais típicos adiantamentos de eficácia, o do Código de Processo Civil, art. 219, § 1º.

2.

Ato ilícito e suporte fático. O ato ilícito exige suporte fático completo. Se algum elemento se mostra menor, ou maior, do que se pensava, ou se desaparece *(e.g.,* a morte, esperada, não se deu; ou se ficou provado que a coisa caiu devido á ruína do prédio, ari. 1.528, e não por ser lançada, art. 1.529), a figura *foi* outra e é *outra,* em vez de ter sido aquela de que se cogitava.

3.

Fatos jurídicos stricto sensu. As mais das espécies de efeitos preliminares de fatos jurídicos não-atos humanos, que se têm apontado, não existem; são criações de superficial estudo dos institutos. Nem no art. 541, nem no art. 542 do Código Civil havia efeito preliminar, como não no há nos arts. 19 e 20 do Código de Águas: o direito formativo gerador, segundo a regra jurídica que estava no Código Civil, art. 541, e hoje se encontra no Código de Águas, art. 19, é efeito definitivo da avulsão, e ele, exercendo-se, leva à aquisição; a aquisição segundo o art. 20 do Código de Aguas, a que correspondia o art. 542 do Código Civil, é efeito definitivo do fato jurídico, cujo suporte fático contém os três elementos (o fato da avulsão, o silêncio, o decorrer de um ano), sem quaisquer efeitos preliminares. Viu efeitos preliminares onde não os há (e.g., art. 456 do Código Civil italiano abrogado), nem seriam de admitir-se, Domenico Rubino *(La Fattispecie* e *gil effetti giuridiche preliminar!,* 538).

No caso de sucessão legítima, a morte e a existência do sucessível são elementos nucleares. Não há cogitar-se de qualquer efeito preliminar. Na usucapião, nenhum elemento preliminar existe: os efeitos da posse são os do *fato* da posse; e nada têm com o suporte fático, complexo e de formação sucessiva, que é o da usucapião. O erro de Domenico Rubino (42 e 538) foi o de considerar a usucapião, como a ausência, *estado.* Nem a prescrição, nem a usucapião, produzem efeitos preliminares. A *actio Publiciana* mesma não foi efeito preliminar, que pretor ignorado, de nome Publicius, houvesse colado ao suporte fático, *in fieri,* da usucapião. Basta pensar-se em que Paulo (L. 12, § 2, D., de *Publiciana in* rem *actione,* 6, 2) escreveu: *In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est.* Tal *Publiciana actio* era especial; mas, ai, como a propósito dos prédios usucapíveis, a usucapião era apenas o modelo, com que se servia à ficção de se haver usucapido. A construção como efeito preliminar teria sido possível; não foi, porém, o caminho que tomou o Pretor. A ação do art. 521 não é efeito preliminar da usucapião; é ação provinda do direito germânico, tipicamente possessória, sem qualquer ligação histórica *à Publiciana actio,* a despeito de certo paralelismo sistemático.

4.

Falsos efeitos preliminares. De regra, o suporte fático, complexo e de formação sucessiva, que serve à entrada de fatos puros, ou de atos não-negociais, no mundo jurídico, não produz, antes dessa entrada definitiva, qualquer efeito (P. Oertmann, *Die Rechtsbedingung,* 38). Se faltou o último elemento do suporte fático, tudo faltou. A ilusão de existirem muitos casos de efeitos preliminares está em que alguns elementos do suporte fático podem ser elementos de outro suporte fático que se complete antes (e.g., posse na usucapião e posse): a eficácia da sentença que restitui a posse atinge esperança de usucapião pelo réu, porque lhe corta derto elemento (a posse); em todo caso, somente o corta, se ~ posse, que se nega existir, é aquela que se teria de considerar ao se usucapir.

§ 33. O elemento da intenção

1.

Vontade e declaração. Há espécies, raras em direito privado, em que a vontade interna (= elemento intencional) é relevante e nuclear (C), e tal ocorre com o dolo (não dolo vício de vontade) e com a tomada de conhecimento (notificação necessária, por exemplo), quando o enunciado de fato tem de ser inserto na vontade; outras, em que é relevante e nuclear a manifestação de vontade (B), que pode não ser a vontade interna (donde ser inatendível a reserva mental) e consiste no que se manifestou na vida em comum (nem sempre se exige a recepticiedade); e espécies , em que se declara a vontade manifestada, de modo que a declaração de vontade (A) tem por fito exprimir, claramente, a vontade, que, de ordinário, é (B), ou (C), se é relevante e nuclear. As conveniências da vida de relação tiveram de pôr em plano próprio a declaração de vontade, posto que seja mais forma do que o é a manifestação de vontade; porém só em tipos especiais de negócios jurídicos se preferiu a vontade *declarada* à vontade *manifestada.* Daí só em tais tipos especiais ser verdadeira" a *teoria da declaração,* em contraposição com a *teoria da vontade,* conforme se verá a seu tempo.

2.

Noção de vício de vontade. Há espécies em que a ocorrência de algo na vontade a *vicia:* no dolo, no erro e na ignorância, na simulação, na fraude contra credores; na má-fé, tratando-se de posse. Portanto, o elemento negativo, que atua a favor do nãoconhecente, do que manifestou a vontade, ou a declarou, sem conhecer o que se passava, ou a favor de terceiros que deveriam conhecer, não torna não-nuclear o elemento que, na espécie, o é; apenas abre a brecha à anulação. Quanto à fraude contra credores, ou se tem a espécie como de anulação, ou como de ineficácia (construção, *de iure condendo,* preferível), ou como de revogação (construção que denuncia a sua origem ao tempo de insuficiente técnica jurídica). O Código Civil brasileiro construiu-a como causa de anulabilidade (arts. 106-113, cp. art. 1.586): desapareceu, pois, a *actio revocataria,* no direito civil, em matéria de fraude contra credores; o que há é *ação de anulação.* No direito comercial, temos a revocatória (Decreto-Lei nº 7661, de 21 de junho de 1945, art. 53).

§ 34. Principio da determinação

1.

Determinismo jurídico. O fato, que se fez *jurídico,* permanece como se envolvesse o seu suporte fático, que, de ordinário, é *ausente* (deu-se de uma só vez e de um só fato) e só excepcionalmente *continuativo.* Quando há vontade como elemento do suporte fático, não é preciso que permaneça (razão por que é indiferente se continuou de viver, ou não, o que "quis"); e bastaria isso para afastar a teoria daqueles que vêem nos direitos e deveres, ações e exceções pressões e impressões de vontades. Tornado *jurídico* o fato, somente outro fato pode, tornando-se fato jurídico, eliminá-lo. Essa eliminação *ou* começa pelo suporte fático e, pois, acarreta a extinção do fato jurídico, *ou* atinge a lei (regra jurídica). Por exemplo: se há retirada de declaração ou manifestação, *vox,* quer na regra jurídica, quer no suporte fático, fala-se de *revogação* (revogação da oferta, ou da aceitação; revogação da lei). A revogação é rara, tratando-se de negócios jurídicos, maxime bilaterais; porém, ainda quando se permita, o *principio de deter* minação está respeitado, porque é preciso o suporte fático da *revoca tio,* para que, com a incidência da regra jurídica, se dê a eliminação do que *está no mundo jurídico.*

2.

Causa e efeito. As relações jurídicas, os direitos, as pretensões, as ações, as exceções, as "ações" (processuais) e as "exceções" (processuais) só desaparecem do mundo quando alguma *causa* há para isso.

Naturalmente, há de haver causa, também, para que se exclua, ou corte, ou se encubra eficácia. Causa em suporte fático, ou em regra jurídica nova. Não importa se se trata de vontade como elemento do suporte fático, ou não.

§ 35. Existência das manifestações de vontade e dos outros atos humanos

1. *Atos humanos e vontade.* Grande mal na ciência jurídica tem sido, até há pouco, deixar-se de tratar das *manifestações de vontade,* em si mesmas, e dos atos-fatos, em si mesmos, em seu *existirem* ou *não existirem.* De ordinário, passava-se à consideração das nulidades e anulabilidades, ou da eficácia dos negócios jurídicos, antes de se

apurar, *no plano da existência,* se seria ou não seria caso de se falar de declaração de vontade, ou de ato em suma, de exteriorízação de vontade, ou de ato-fato. Não raro, juristas de prol tentaram inserír na teoria do erro as conclusões sobre existência da vontade, ou a consciência da exteriorização da vontade, matéría que diz respeito à existência da declaração de vontade ou do ato volitivo sem declaração, portanto *anterior* a qualquer noção de *validade* ou *não-validade.* Só se pode cogitar da questão de ser válido ou não-válido o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu,* depois de se saber se ele *existe.* Ora, tratando-se de declaração de vontade, ou de ato volitivo adeclarativo, que teria de ser suporte fático, por exemplo, do negócio jurídico, é questão prévia a de *existir,* ou *não,* declaração de vontade ou simples manifestação de vontade (= ato volitivo adeclarativo). Se não há declaração de vontade, ou ato volitivo adeclarativo, (= manifestação de vontade), que encheria o negócio jurídico, não se põe, seques a questão da existência do negócio jurídico. Quando a existência jurídica depende da existência fática e, a propósito dessa, o enunciado é negativo, não há pensar-se em questão posteríor sobre a existência jurídica. A despeito dessa evidência, esses assuntos precisam ser tratados com toda a clareza, porque andam obscurecidos por exposições superficiais e enlaivadas de afirmações falsas. O primeiro passo, que se tem de dar, é para se mostrar o que é *exteriorização de vontade e consciência* da exteríorização da vontade; portanto, o que é falta de vontade e o que é falta de consciência de exteríorização de vontade. Nas hastas públicas e nos leilões, costuma-se levantar o dedo para se arrematar. Se estrangeiro, que não conhecesse o uso, nem conhecesse a língua, assistindo ao leilão, levantasse o dedo, *querendo* significar que aquele objeto era o que lhe haviam furtado do hotel, —haveria vontade de levantar o dedo e haveria levantamento do dedo (exteriorízação *dessa* vontade), não haveria consciência de que o levantar o dedo significasse arrematação (= houve *outra* vontade). O

dono do negócio *(dominus negotii)* que recebe e consome os produtos da fazenda, que outrem está a gerir *(negotionum gestio),* por ter morrido o administrador (fato ignorado pelo dono do negócio e, pois, ignorada a gestão de negócio), é exteriorização de vontade, sem aquela consciência da exteríorização. Não houve ato volitivo, que se possa reputar “aprovação”. Se o dono do negócio recebe e consome os produtos da fazenda, crendo-os de outra procedência, dá-se o mesmo. Se alguém os pôs na dispensa do dono do negócio e esses apodreceram, por estar ausente o dono do negócio, não houve, sequer, vontade. Por isso mesmo, não há aceitação da herança se o herdeiro apenas pratica atos meramente conservatórios, de administração e

guarda interina (art.

1.581, § 2ª francês, art. 779; argentino, art. 3.328; português, art. 2.056, nº 3): falta a vontade. Outrossim, quando o herdeiro consome ou aliena coisa da herança, crendo-a sua: não houve consciência da vontade (= não houve a vontade que se lhe poderia atribuir). Se o herdeiro renuncia à herança por ter pensado que existia seu irmão e verifica o seu erro (art. 1.590; espanhol, art. 997; cf. francês, arts. 783 e 790; alemão, §§ 1.943 e 1.954), houve declaração de vontade *com erro.* Já aqui não nos limitamos ao plano da existência e, estabelecido o ter existido vontade, afirma-se que o negócio jurídico da pronúncia da herança, tendo tido por suporte fático declaração de vontade errada, pode ser *retratada* por erro. O direito romano, que não havia ªchegado à concepção hoje generalizada de anulabilidade, falava, ai, de *restitu tio.* A revogação da renúncia ou da aceitação nunca foi admitida no direito romano (a despeito da L. 85, D., *de adquirenda vel omittenda hereditate,* 29, 2). A aceitação, no caso do art. 1.590, T parte, e a renúncia, no caso do art. 1.590, 1ª parte, são "retratáveis"; isto é, no caso de renúncia, poderia ser revogável, porque, segundo o art. 1.581, T parte, só há renúncia por declaração de vontade expressa, ou ser "impugnável" *(anfechtbar),* se preferimos o termo da concepção alemã. Seja qual for a conceituação, a renúncia existiu e se retrata. Se melhor seria dizer-se impugnável, ou revogável, depende de se responder à questão: ao ato do que se retrata (nas fontes romanas não se tem base segura) vai contra a *vox,* a declaração de vontade, ou contra o negócio jurídico? E interessante observar-se que, não tendo admitido qualquer ato revocatório contra a renúncia e a aceitação, o Código Civil alemão considerou "não ocorrida" *(nicht erfolgt)* a aceitação se houve erro quanto à causa da vocação (§ 1.949), portanto no plano da existência, e concebeu a renúncia como só extensiva (regra de interpretação) às vocações cujas causas são conhecidas do herdeiro. No direito brasileiro, ter aceito a herança A, crendo-a de B, não é ter aceito a herança A; nem renunciar à herança A, crendo-a de B, é renunciar à herança B, porque *não houve* a vontade de renunciar à de B. Não é preciso propor-se qualquer ação de anulação, porque seria pretender-se a declaração de nulidade do *não-ser;* a declaração de vontade é, só por si, inexistente e, pois, ineficaz. O ônus da prova desse erro incumbe ao que alega falta de vontade. Todavia, pode ter havido, ali, aceitação *errada* (retratável) ou renúncia *errada.*

2.

Existência do fato jurídico e validade. E de inexistência que se trata,

sempre que: *a)* o ato jurídico exigia declaração de vontade expressa, e essa não se deu; *b)* o ato jurídico exigia declaração de vontade, e essa não se deu; *c)* o ato jurídico exigia declaração de vontade ou manifestação de vontade (= ato volitivo adeclarativo), e não se deu aquela, nem essa; *d)* o fato juridico exigia qualquer ato humano, e não ocorreu; *e)* bastaria o ato-fato.

e não se deu; fl se ao fato jurídico faltou suporte fático. As regras jurídicas, ao discriminarem o jurídico e o não-jurídico, aludem a certos elementos de alguns suportes fáticos, para dizerem que, faltando um desses elementos, há nulidade, ou anulabilidade: implicitamente, assertam que há suporte fático, posto que *deficiente.* A questão da existência e da inexistência está, portanto, ligada à da insuficiência, e não à da deficiência do suporte fático. A declaração de vontade *por atos,* e não *por palavras,* é insuficiente para compor o suporte fático do negócio juridico da renúncia à herança (cf. art. 1.581, *verbis* "escritura pública, ou termo judicial"): o suporte fático é insuficiente. Se a declaração de vontade foi expressa, "clara" e em termos de linguagem corrente, mas se fez em

"testamento cerrado", em que o moribundo renunciou à herança da mulher que vinha de morrer, renúncia houve, mas e nula por *deficiência* do suporte fático (arts. 130 e 145, III). Se a renúncia foi em escrito particular, existe, mas é nula.

3. *Vontade manifestada.* A vontade, que se leva em consideração, é a vontade *manifestada;* não a *interna.* Se assim não fosse, poder-se-ia desconstituir o negócio jurídico com a alegação de *reserva mental.* A vontade nas relações inter-humanas é a que importa; não a que se conservou no íntimo. A vontade *manifestada* ocorre como fato do mundo e não se lhe exige que ela *permaneça.* Por isso mesmo, declarada, ou manifestada, ou pode ser revogada a declaração, ou manifestação, ou não pode ser revogada. Se A declara ou manifesta a sua vontade de negócio e não a revoga, ou se ela é irrevogável, a morte de A não destrói a declaração, ou manifestação, salvo se o negócio jurídico é de tal natureza que ele mesmo dependia de A ser vivo. Se o negócio jurídico é condicional, ou a termo, a morte de A, no intervalo, não tem repercussão.

4.

Intenção manifestada. A *intenção* (= vontade de negócio) é elemento

relevante, necessário, do suporte fático dos negócios jurídicos. Mas a intenção que importa é aquela que está na vontade, que se declarou, ou manifestou. Não se exige, em consequencia , a que encheu outra vontade: a intenção que se procura, ou se revela de si mesma, é a da declaração de vontade ou a da manifestação de vontade. A interpretação dos negócios jurídicos é — ai — interpretação do seu suporte fático, mesmo porque dizer se o negócio jurídico é A ou E é *descida* à declaração de vontade, ou à manifestação de vontade, que entra na composição do suporte fático.

Então, se há ato volitivo sem declaração, mais se "descrevem" os fatos concludentes do que se interpreta o querer: a vontade, que se exterioriza em fatos, é menos própria à interpretação do que a enunciados de fato. Isso não quer dizer que *facta concludentia,* isto é, fatos dos quais se possa inferir a vontade, não sejam suscetíveis de interpretação, antes de se chegar à *conclusão* sobre a vontade de negócio. Se houve palavras (casos há em que as palavras são fatos concludentes e, pois, instrumento de manifestação de vontade, e não de declaração de vontade), a interpretação passa a ter função de importância, porque se têm de precisar o seu sentido e a sua significação. Houve vontade (= intenção); e o pensamento, que se exprimiu, refere-se a essa vontade: quis-se, pensou-se, exprime-se; ou não houve pensamento *sobre* a vontade (= que se refere à vontade), e sim pensamento-vontade: *a)* quis-se, *b)* pensando-se, e *c)* exprimiu-se. A exploração do que se exprimiu, ao querer-se pensando, não tem de procurar nas palavras mais do que o fato; ao passo que a exploração do pensamento sobre a vontade tem de considerar as palavras como pensamento, pensamento *sobre* a vontade ("claramente", declaração). Assim, quando o art. 85 estatui que a intenção prima em relação à letra das declarações de vontade apenas deu preeminência a *a),* ou a *b),* em relação a *c);* não deu preeminência a *a),* em relação a *b),* ou vice-versa. A vontade que importa é a vontade manifestada, de modo que, havendo *a), b)* e em vez de *b) a),* que é o querer pensando das manifestações de vontade que não são declarações, mas se exprimiram em palavras, é *b)* que contém a vontade manifestada. Quando, em direito, se fala de vontade, é de *b)* que se trata, se há *b),* ou de *b) a),* se há *b)* e *a).* Só se procura *a)* sem ser em *b),* se não há *b).*

Havendo *b), Verba Iigant homines.*

Se com *a)* se choca *b),* no tocante à natureza do ato, o objeto principal da manifestação de vontade, ou alguma das qualidades a ele essenciais (art. 87), tal disconformidade não atinge à *existência* do negócio juridico: o negócio jurídico *é;* e o direito apenas permite que o

declarante, que erra, venha contra o negócio jurídico, com a sua pretensão constitutiva negativa, dentro de certo tempo. Por aí bem se vê que b) é que importa: a descida a a) é somente nos casos em que as regras jurídicas apontam, dentro de certo tempo e dependente do êxito das provas e vicissitudes processuais, o resultado da descida. Os que sustentam ter o direito contemporâneo adotado a *teoria da vontade* (= teoria da preeminência de *a)* deixam de levar em conta a declaração de vontade, ainda se não há vontade, que a constitua, e que toda *negação* do negócio jurídico tem de se processar no plano da validade, isto é, da desconstituição negativa, para que, operada essa, se negue. A discordância entre a vontade e a declaração não se resolve a favor da declaração, mas, provisoriamente, a declaração de vontade é que importa. No plano da existência, é a ela que se atende, posto que interpretada segundo regras que não reduzam *b)* a c). Por outro lado, ainda no plano da validade, não se permitiu a preponderância de *a),* se a espécie é de reserva mental, ou nas espécies de erro não-essencial (= erro substancial, arts. 86-91), ou de não-seriedade, e nas de certas declarações de vontade feitas ao público, principalmente em direito comercial. Além disso, a técnica teve de atender, por vezes, a interesses do outro figurante.

Se há discordância entre a vontade e a declaração, ou (1) essa discordância foi *consciente* (= o declarante soube que havia a discordância) ou (II) foi *inconsciente* (= faltou, conscientemente, a vontade que se declarou). Na primeira espécie (1), ou *(a)* a declaração de vontade não foi séria, contando, de boa-fé, o declarante com o não se ter como suporte fático *suficiente* para a incidência da regra jurídica o que se compôs, e não surgindo o ato juridico; ou *(b)* o declarante contou com a incidência da regra jurídica, porque, embora não quisesse, preparou *aparência* de suporte fático para que a regra juridica incidisse, causando, assim, fraude contra terceiros (arts.

106-113); ou (c) o declarante declarou e quis, só ocorrendo discordância entre o que ele declarou e quis e outra vontade, que ele manteve em *reserva mental.* Os sistemas juridicos têm de dar solução às três discordâncias relevantes, respondendo que *a)* e 14 são no plano da validade, ou no próprio plano da existência, mas, desde o direito comum, excluindo os casos *c)* como de não-validade e, com mais forte razão, de inexistência. Aqui, é de notar-se, desde logo, que a não-seriedade dolosa, ou de má-fé, exclui a alegabilidade, pois que se caracteriza, em vez de *a), c),* que é a reserva mental.

Na segunda espécie (li), as técnicas legislativa e interpretativa tiveram

de afastar respostas *a priori,* como seriam: Se a discordância entre vontade e declaração foi inconsciente, o negócio jurídico não existe; * Se a discordância foi entre a vontade e a declaração inconsciente, o negócio jurídico é nulo (ou anulável).

Procurou-se, *a pos* teriori, determinar qual a discordância inconsciente que merecia ser matéria de atenção por parte do direito (problema da técnica legislativa). Aqui surgiram dificuldades enormes, quer na precisão do que seria discordância relevante, quer no nome que seria mais adequado. Os sistemas jurídicos porfiaram em conseguir o melhor de uma e de outra. Porém a declaração conservou a preeminência diante da vontade, tanto que não se teve o erro, ainda os mais gritantes, como razão de inexistência. O direito romano, que considerava o *error* e a *ignorante c* omo-impeditivos da formação do negócio jurídico, portanto no plano da existência (= a vontade „errada" é suporte fático insuficiente), como se fosse o mesmo que não ter havido vontade, foi superado.

No direito contemporâneo, o tratamento do erro invalidante ou consiste em se atribuir a quem errou o direito formativo extintivo (direito de impugnação), de modo que — feita a declaração de vontade extintiva aos outros interessados — esses venham com a ação contra essa, ou o direito formativo extintivo, a pretensão e a ação de constituição negativa, ou só essa pretensão e a ação, ou só a ação de constituição negativa.

§ 36. Manifestações de vontade revogáveis

1. *Revogar; retirar voz, a)* Há manifestações de vontade que se podem revogar *(re-vocare,* retirar a voz) antes ou depois de incidir sobre elas a regra juridica que as torne atos jurídicos. Essa revogação só se passa fora do direito, embora à entrada nele; de jeito que manifestar ou declarar vontade e revogar é pôr a sua *vox* e retirá-la, no plano puramente fático. *b)* Há manifestações de vontade que entram no direito (= regra juridica incide), mas, antes de se integrar o suporte fático do ato jurídico bilateral ou plurilateral, ainda podem ser revogadas. *c)* Há declarações de vontade que, ainda depois de se estabelecer o ato jurídico unilateral ou a relação jurídica, podem ser revogadas. E nesse sentido que se fala, sem exatidão aliás, de atos jurídicos revogáveis. A revogabilidade do testamento compreende-se facilmente, porque os seus efeitos são para depois da morte. (Já a

promessa de recompensa, que é também negócio jurídico unilateral, tem a sua revogabilidade sujeita às exigências do art.

1.514, alínea 1ª, e a não ser revogável na espécie da alínea 2ª.

A revogação da classe *a)* é só no plano fático e nesse plano fático é que se desconstitui. As duas outras classes, *b)* e *c),* já *parece* se operarem no plano juridico, posto que a coincidência entre acontecer no plano fático ao mesmo tempo que algo acontece ou já aconteceu no plano jurídico explique essa aparência. Seja como for, toda revogação é, conceptualmente, operação no mundo fático, voluntária ablação de *vox* no suporte fático.

2.

Irrevogabilidade e criação de direito. A revogabilidade não cria direito; o que cria direito é a irrevogabilidade, porque essa outorga a outrem o direito à abstenção por parte daquele que declarou. Por isso mesmo, sempre que as leis empregam o termo "renúncia", em relação à revogabilidade, chamam, atecnicamente, renunciar ao que é exclusão de revogabilidade, conteúdo negativo da própria manifestação ou declaração. A revogabilidade é *arbítrio,* e não *direito;* apenas anuncia que não há, do outro lado, direitos, que não há, portanto, vínculo. Não se renuncia à revogação da procuração quando se concebe a procuração como irrevogável, ou em causa própria (art. 1.317, 1). Não se renuncia à revogação da promessa de recompensa (art. 1.514, alínea 2e) quando se assina prazo à prática do ato recompensável. Apenas se deixa de estabelecer a revogabilidade. Tais conceitos precisam ser usados com todo rigor terminológico.

3. *Desfazimento* e *revogação.* Deve-se evitar a expressão revogação" quando se trata de operação direta contra o ato jurídico *stricto sensu* ou contra o negócio jurídico, ainda quando, sendo possível a revogação da manifestação de vontade, essa operação interna acarrete o desfaziniento *ex tunc,* ou só *ex nunc* do ato jurídico *stricto sensu* ou do negócio juridico. Só se revogam vozes, isto é, manifestações ou declarações de querer, conhecer ou sentir; atos jurídicos podem terminar segundo as regras jurídicas que regem o seu tempo e lugar, e podem ser desfeitos.

O ato de disposição (não declaração ou manifestação de vontade) é

irrevogável. O que se revoga, quando se prestam declarações ou manifestações de vontade (contrárias) antes do registro ou da tradição, são declarações ou manifestações de vontade. Registro e tradição são fatos ocorridos no mundo e suportes fáticos de regras jurídicas, tornando-se, assim, fatos jurídicos. Negócios jurídicos abstratos, as transmissões ou contêm registro, ou tradição, ou se operam por força da lei ou da própria natureza do ato de disposição.

4.

Negócio jurídico e revogação, a) No direito comum, a manifestação ou a declaração de vontade que há nas *ofertas* não criava, por si, negócio jurídico (= a entrada do suporte fático no mundo jurídico só se dava *quando* se uniam oferta e aceitação): não vinculava, de si só. Portanto, era *fato da vida,* porém não *fato da vida jurídica.* Se ainda não havia ocorrido a aceitação, a oferta pertencia à classe dos elementos não juridicizados (classe *a):* extinguia-se com a morte, com a incapacidade civil superveniente; e podia ser, livremente, revogada. (O direito francês e o inglês ainda se ressentem dessa concepção já superada.) As relações da vida impuseram ao direito comercial e, depois, ao direito civil, que se tratasse a manifestação de vontade do oferente, *desde logo,* como suporte fático de negócio jurídico, portanto como vinculante. O direito austríaco, o alemão, o suíço e o brasileiro deram a solução técnica. A vinculação passou a ser a regra: "O que oferta a outrem conclusão de contrato (Código Civil alemão, § 145) évinculado *(gebunden)* à oferta, salvo se excluiu a vinculação" *(es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat);* "A proposta do contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso" (Código Civil brasileiro, art. 1.080).

Pode dar-se, além dos casos do art. 1.081, que são de oferta, que a declaração de vontade seja apenas *invitatio ad offerendum;* e então, ao se declarar, não se compôs suporte fático *suficiente* para a incidência do art. 1.080; mas, unindo-se à declaração do oferente-convidado a oferecer, se os fatos não compõem exatamente o caso do art.

1.082 (comunicação imediata) ou o do art. 1.084 (falta de recusa), uma das regras desses arts. 1.082 e 1.084

incide: o que convida a oferecer fica, ao incidir a regra jurídica do art. 1.080 sobre a declaração de vontade do oferente-convidado, no dever de responder, negativamente, sem tardança, se não se quer vincular. A

morte do oferente, antes da aceitação, não apaga a vinculação; a aceitação chega ao herdeiro, ou a quem represente o destinatário, se "o contrário não resultar dos termos" (da oferta ou da aceitação segundo o art. 1.083), "da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso" (art. 1.080); e.g., oferta de serviços de engenharia, ou de arquitetura, ou de outro, que tenha de ser prestado pessoalmente *(aliter,* se oferente foi a empresa sem estar em causa a personalidade do que prestaria o serviço). O que obsta à revogação é o ter nascido ao destinatário dela *direito formativo gerador,* segundo o qual, exercendo-o, pode o ofertado tornar contrato o negócio jurídico. Cria-se, então, com a aceitação. outro suporte fático, que, unido à oferta, faz nascer o negócio jurídico contratual.

b) Também as declarações unilaterais de vontade, isto é, as declarações de vontade, que não são feitas *para que* outrem aceite (bilateralidade das declarações de vontade), *vinculam.* Pois que vinculam, nasce a outrem direito formativo. Quanto ao *testa mento,* por ser negócio jurídico para depois *da morte* (= no instante imediatamente posterior à morte), a lei mantém a revogabilidade das declarações de vontade, durante toda a vida do testador (=

até o instante imediatamente anterior à morte). O seu contacto com o *alter* é só no instante imediatamente posterior à morte, razão por que seria contra os princípios de livre querer que se protegessem os que ainda não poderiam estar juridicamente interessados. A *promessa ao público,* seja a promessa de recompensa (arts. 1.512-1.517), ou outra, *publica-se* (= põe-se em contacto com o público). Antes de ser prestado *o* serviço, ou preenchida a condição, é revogável; mas a revogação exige a mesma publicidade (art. 1.514). Se a publicidade não é a mesma, pode dar-se que a segunda *vox* não tenha ido a todas as pessoas a que foi a *vox* da promessa: a *vox* da revogação seria *menor* (= menos difundida) que a *vox* da promessa. Se foi marcado prazo para que se prestasse o serviço, ou se preenchesse a condição, a *vox,* que se publicou, leva no seu conteúdo a restrição, ou exclusão da revogabilidade: *o* declarante fez claro, também, que se prendia dentro desse trato de tempo (art.

1.514, alínea 2ª. A *denúncia* é negócio jurídico unilateral, exercício de direito formativo gerador; o seu suporte fático contém, necessariamente, declaração de vontade. Há vox e, pois, haveria revogabilidade, segundo os prin cípios; isto é, como declaração unilateral de vontade, enquanto não se produziu fato necessário à sua eficácia (morte, aprovação de fundação, recepção), poderia ser revogada. Acontece, porém, que a *denúncia,* a *resolução,* em virtude de

direito formativo extintivo, e a *compensação* são irrevogáveis, por serem exercício de direitos formativos. Também o *acordo de transferência* e irrevogável, porque é negócio jurídico abstrato (real). A ocupação é irrevogável. porque é ato-fato jurídico: não há *vox.* que se possa retirar e, se há, foi supérflua.

5. a *tos-Fatos jurídicos.* A *ocupação* não é exercício de direito formativo gerador; *o* direito de caça ou de pesca, em virtude de negócio jurídico, o é. A ocupação supõe a adespotia (o ser ou ter passado a ser sem dono) e ato próprio unilateral. Não é negócio jurídico; é ato-fato, razão por que não se pode pensar em exigir-se a quem ocupa o pressuposto da capacidade civil: o menor de dezesseis anos, o louco, o surdo-mudo, que não pode exprimir a vontade, e o ausente, julgado tal, podem ocupar, pela tomada da posse em nome próprio, e adquirem, com esse ato, a propriedade; não se exige ao ocupante, sequer, a boa-fé (quem se apropria de *res nullus,* crendo tratar-se de coisa perdida. adquire a propriedade). O suporte fático do art. 592 é o ato-fato de apropriação, não a declaração de vontade; o aclaramento ou outro elemento de manifestação de vontade seria supérfluo.

Pergunta-se se o ato real (ato-fato) pode ser revogado. Pois que não é ato jurídico (H. Buhl, *Das Recht der beweglichen Sachen, 7;* H. lsay, Zur Lebre von dem Willenserklãrungen, *Jherings Jahrbücher,* 44, 45 s.; F.

Eltzbacher, *Die Handlungsfàhigkeit,* 216 5.; G. Planck, *Kom,-nentar,* III, 4º ed., 436; Martin Wolf, *Lehrbuch,* III, 247), não há, como suporte fático, declaração de vontade, — só há ato puro (ato-fato); não se há de cogitar de retirada de *vox,* porque não se pôs *vox.* Se foi posta, superfluamente o foi. Quem adquiriu a propriedade móvel, ainda quando não a adquiriu em virtude de neqócio jurídico, não pode pensar em perdê-la senão como os outros: pelo abandono da propriedade (derrelicção), pela transmissão, nu pela usucapião por outrem, ou com o recobrar de liberdade pelos pássaros ou com o cair dos peixes na água etc. Em nenhum desses casos se revoga; ou há *vox,* porém nova, como na transmissão e na derrelicção, ou há perda sem *uox,* ou, até, sem ato ou contra a vontade do proprietário. O abandono da propriedade do móvel e a renúncia são negócio jurídico. Mas na renúncia, há, necessariamente, manifestação de vontade; no abandono da posse, não na há necessariamente e, se há, é supérf lua. Ter-se-ia, pois, de considerar revogável a renúncia se outrem ainda não adquiriu o direito, mas, operados os efeitos, seria irrevogável; e irrevogável o

abandono da posse, porque no seu suporte fático não está, necessariamente, manifestação de vontade; não há, ai, necessariamente, *vox.* A derrelíção errônea pode ser atacada pelo erro e até pela falsa causa (art. 90, "quando expressa como razão determinante"), pela coação (arts.

98-101) e pela fraude contra credores (arts. 106-113). Não *o* abandono da posse, embora se contenha naquela. Se não há outrem, a quem se criaram, ou tinha direitos sobre a coisa, inclusive formativos, não se precisa de decretação de nulidade, ou de anulabilidade: o derrelinůente (abandonante da propriedade) reapropria-se da coisa. Não cabe, aí, revogação; e a razão ésimples: não houve, para o abandono da posse, necessariamente, *uox;* houve ato, que não entrou no mundo jurídico como manifestação de vontade, nem como declaração de vontade nãoreceptícia. No entanto, L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 520, nota 17, e Hans CarI Nipperdey conservou a nota) entendia que, em caso de erro, como se sem erro, se ninguém adquiriu direito, a derrelicção pode ser revogada.

Tendo partido da proposição "A derrelicção énegócio jurídico", passou à outra "A derrelicção é susceptível de ser nula ou anulável" e, identificando negócio jurídico e declaração de vontade, sem atender, portanto, a que "Há negócios jurídicos que não derivam de declarações de vontade", concluiu que a derrelicção é susceptivel de revogação. Outro ponto em que não têm razão alguns juristas *(e.g.,* i. Biermann, *Sachenrecht,* 3º ed., 244; L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* II, 521; O. Warneyen *Kommentar,* II, 184) é aquele em que exigem para a decretação de nulidade, ou para a anulação, a existência de alguém que tenha adquirido direito, porque somente assim *haveria* o adversário. Essa exigência exagera, nos negócios jurídicos unilaterais, o papel da pessoa *que pode vir* a ser interessada na situação criada por eles. A anulação e a decretação de nulidade não precisam ir contra alguém que se determine (o ocupante, no lugar do *cuivis ex popu lo).* A derrelicção é perda de direito, que tem por sujeitos passivos todas as pessoas a que o sistema jurídico se dirige. O derrelinůente não precisa, para pedido de decretação da nulidade ou de anulação, esperar que alguém ocupe a coisa (G. Planck, *Kornmentar,* **III,** *4º* ed., 438; **M.** Rúmelin, Das Handeln in fremden Namen, *Archiv fOr die civilistische Praxis,* 93, 190). O derrelín ˚úente tem de precatar-se quanto ao possível interessado, inclusive com a publicação adequada, como a respeito de promessa de recompensa, que se vai anular ou cuja decretação de nulidade se pede (sobre essa analogia, W.

Kluckhohn, Die Person des Anfechtungsgegners, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 113, 35 s.). As considerações que aí fizemos não se referem ao abandono de propriedade imóvel, que, no direito brasileiro, é ato-fato jurídico.

6. Atos jurídicos revogáveis. Revogar é (re) tirar a voz. Voz se pôs, voz se tira. Revoga-se o mandato, revoga-se o testamento, revoga-se a doação. Quanto a negócios jurídicos fraudulentos, o direito romano somente conhecia a *actio Pauliana,* até o direito justínianeu, inclusive *(fraus* do devedor + terceiro *conscius fraudis,* ou adquirente a título lucrativo). A vida já vinha a mostrar como era difícil obviar-se às alienações e gravames, por parte do devedor, estabelecendo menor possibilidade de se pagarem por seu patrimônio os credores. A ação pauliana fora criação do Pretor. A indagação da intenção dificultava qualquer êxito da *actio Paubana,* nos casos em que não se apresentasse de si mesma, ou pelas circunstâncias. Imaginou-se, então, a *ação anulatória* do direito moderno, tal como ressalta dos arts. 106-113, que não é ação de nulidade, nem de revogação, nem de rescisão. No direito falencial, persistiu a revocatória: só se revoga; não se decreta nulidade, nem se anula, nem se rescinde (DecretoLei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 53). Não seriam de assimilar-se, menos ainda identificar-se com as ações oriundas de atos ilícitos. Ao suporte fático não se exige, na ação anulatória, o *consilium Ira udis,* nem ele aparece no suporte fático. Demais disso, não se exige a coparticipação do terceiro; abstrai-se de tal ingerência. se houve. O titular da ação anulatória há de ter sido credor antes do negócio jurídico anulável. Também não se pode fundar a ação anulatória no enriquecimento sem causa: pode bem ser que o terceiro de modo nenhum se haja enriquecido sem causa. Nem seria acertado ter-se a ação anulatória como da classe das ações de condenação: não se condena a ninguém. Esse é o pensamento do Código Civil, arts. 106-113.

7.

Fraude contra credores e fraude à execução. A ação em casos de fraude a credores é constitutiva negativa.

A extensão da execução, em casos de fraude à execução, é execução por ser *ineficaz,* para o exeqúente, o negócio jurídico do executado. Há elemento declarativo (negativo da eficácia do negócio jurídico), porém a penhora e o que se segue evidenciam que é de ação executiva que se trata. O terceiro vem com a ação de embargos de terceiro. Muito

diferente é o que se passava com a *adio Pauliana,* ação rescisória, que, ignorando os juristas romanos a diferença entre nulidade e anulabilidade, não se alçou à categoria de ação de anulação: não anulava, só rescindia (nossos *Comentários ao Código de Processo Civil,* de 1939, VI, 80 s., e 109-117). Não se confundem com a *ação de execução contra* o *terceiro em caso de fraude à execução,* nem com a *actio Pau Lana* (fraude contra credores), as *ações revocatórias,* de que são exemplos mais frisantes as ações revocatórias do direito falencial em que entra o elemento da intenção de fraudulência. As leis falenciais incidem, às vezes, no erro técnico de tratar sob *o* mesmo nome a ação de ineficácia e a ação revocatôria *(e.g.,* Decreto-Lei nº 7.661, de 21

de junho de 1945, arts. 52 e 53). A ação revocatória propriamente dita existe quanto à doação, se ocorre ingratidão do donatário (art. 1.181), ouse dá mora no cumprimento do encargo (art. 1.181, parágrafo único); pois que o Código Civil exige que se pleiteie (art. 1.184), enquanto sistemas jurídicos há que se satisfazem com o exercício do ato revocatório *(e.g.,* Código Civil alemão, § 531, alínea 1º). Num e noutro caso, não há direito formativo extintivo *ex tunc,* aqui por mera declaração de vontade, ali pela declaração de vontade integrada por sentença. A ação revocatória é ação de integração de declaração de vontade, tendente à anulação. A declaração de vontade, expressa em petição, ainda quando a lei exige pressuposto como o de ingratidão do donatário, é de *arbítrio* do doador; não é exercício de direito formativo.

§ 37. Negócios jurídicos desfeitos

1.

Desfazimento. E preciso não se confundir a *revogação ,* que diz respeito ao suporte tático dos negócios jurídicos, quando esse suporte tático contém, necessariamente, *vox,* e o *desfazimento,* a desnegociação, que não é a *terminação* (extinção pelo adimplemento, ou pela superveniência de regra nova, que faça terminar, ou desaparecimento de elemento necessário do suporte tático). A decretação de nulidade e a anulação desfazem; porém nem todo desfazimento é decretação de nulidade ou anulação. O desfazimento também pode *resultar* da revogação, que desfalca o suporte fático, porém nem todo desfazimento é oriundo de revogação. (Os tradutores italianos e franceses de livros alemães põem “anulação” em lugar de

"desfazimento", ou traduzem *Aufhebung* e *Widerruf* como revogação; e.g., a tradução espanhola de A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* li, 174 s.. depois, caindo em si o tradutor, ao ver a contradição, suprimiu *Die Aufhebung eines einseitigen Rechtsgeschãft durch den VVillen dessen, der es vorgennommen hat, nennt man Widerruf,* o que, em vernáculo, nos diz: "Ao desfazimento do negócio jurídico unilateral, pela vontade do que o perfez, chama-se revogação".) 2.

Conceituação. O *desfazimento* não supõe que a manifestação de vontade tenha sido revogada; a revogação da manifestação de vontade é uma das causas de desfazimento e, por brevidade, se diz que o desfazimento dos negócios jurídicos unilaterais pela vontade do que perfez o negócio jurídico se chama revogação. Essa suficiência da vontade retiradora da *vox* exige, para ser, que o negócio jurídico unilateral seja revogável. Por outro lado, nem todo desfazimento é de eficácia *ex tunc.* Derrelicção, renúncia, *contrarius consensus* (distrato), remissão de dívida, dissolução do matrimônio e outras figuras jurídicas negativas desfazem *ex nunc;* a decretação de nulidade e a anulação desfazem *ex tunc:* tratava-se de negócio que invalidamente se fizera jurídico.

3.

Negócios jurídicos unilaterais. E de exigir-se (e é fecundo), para a atividade do jurista, distinguirem-se a revogação, que só diz respeito à manifestação de vontade, e o desfazimento, ainda quando esse venha a ser resultado daquela. Revogar o testamento apenas abrevia a expressão "revogarem-se todas as declarações de vontade contidas no testamento"; então, o testamento está sem o seu suporte tático e precisaria dele até à morte do testador. Revogar a promessa de recompensa é apenas abreviação de "revogar-se a declaração de vontade ou revogarem-se as declarações de vontade que se contêm na promessa de recompensa"; e a promessa de recompensa, como negócio jurídico, precisaria desse suporte tático, até que alguém, dentre aqueles a que se dirigiu, praticasse o ato recompensável (art. 1.514, alínea 1º).

§ 38. Saída no mundo jurídico

1. *Perda da juridicidade.* Depois de entrar no mundo jurídico, o fato

pode *desaparecer,* ou continuar mas perder a *juridicidade;* o ato humano pode *exaurir-se,* ou, se consistir em *vox,* ser revogado, o que é excepcional e depende de lei, ou ter decretada a sua *nulidade,* ou ser *anulado,* ou *rescindido,* ou *resolvido,* ou *resilido,* ou *cessar* pela satisfação ou outra causa. A saída não é, portanto, absolutamente livre; nem no fora a entrada. A respeito dos fatos, humanos ou não-humanos, atos negociais ou nãonegociais, que não entraram no mundo jurídico, nenhum problema existe: não entraram e, pois, não se pode pensar em saída deles. Não se juridicizaram e, pois, não se há de pensar em desjuridicização. O negócio jurídico nulo, ou anulável, é negócio jurídico anormal, mas *é.* Entrou, certamente, no mundo jurídico: pode ser expelido, ou, se algo lhe atenuou, ou lhe excluiu a anormalidade, ficar. Se produz efeitos, ou se não os produz, ou se só alguns produz, é *posterius.* Tem-se de analisar o que anormalmente entrou no mundo jurídico; porque *entrada* e *eficácia* não coincidem. Entrar e"

"existir" no mundo jurídico. O suporte fático precisa ser suficiente, para que sobre ele incida a regra jurídica (=

entre aquele, como fato, no mundo jurídico). Mas pode ser *suficiente* e ser *deficiente.* Faltou algum elemento complementante ou pressuposto de validade. Conseqüência : nulidade ou anulabilidade. A ineficácia pode depender, ou não, da não-validade. Não há confundirem-se invalidade e ineficácia. O negócio jurídico pode ser válido e ineficaz; pode não ser válido e ser eficaz. A ineficácia do negócio jurídico nulo, totalmente ineficaz, não é diferente da ineficácia do negócio jurídico válido, totalmente ineficaz; porém esse não pode ser desconstituído e pode tornar-se eficaz, ao passo que aquele nunca o será, salvo regra jurídica especial que lhe apague a nulidade,

-~ o que é difícil ocorrer sob a Constituição de 1988, art. 59, n0 XXXVI.

O ato jurídico nulo e o ato jurídico anulável *estão* no mundo jurídico. *Saem,* segundo regras jurídicas de decretação da invalidade; portanto, é preciso que haja decisão que os desconstitua (decisão constitutiva negativa).

Se essa decisão pode ser *incidenter,* ou em prejudicial, ou de ofício, ou se há de ser em processo ordinário, ou especial, é outra questão; em qualquer caso, é constitutiva negativa.

2. *Espécies de saída.* Não só os atos jurídicos nulos e anuláveis (inválidos) podem ser repelidos do mundo jurídico. O válido também sai desse mundo, no qual a regra jurídica lhe deu entrada. Se é, ou se ainda é unilateral o negócio jurídico *(e.g.,* respectivamente, doação e oferta ou aceitação), pode a lei permitir que a voz *(vox)* seja retirada *(revoca tio).* Essa retirada pode ser em nova *vox,* sem exame judicial *(e.g.,* o oferente revoga a oferta, antes de chegar ao conhecimento do destinatário, art. 1.081, IV; o aceitante revoga a aceitação, antes de chegar ao conhecimento do oferente, art. 1.085), ou judicialmente (com a cognição judicial da ingratidão do donatário, arts. 1.183-1.187). O Código Civil brasileiro, arts. 106-113, construiu a ação por fraude contra credores como ação de anulação: considerou jurídico, mas anormal, o ato; nao, porém, revogável, o que seria regressão histórica ao tempo em que, devido ao delito, o Pretor revogava" o negócio jurídico. No direito comercial, persiste o art. 53

do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. A rescisão, que é abertura do negócio jurídico, rompendo-lhe o suporte fático, atende a que a correspectividade foi atingida por algo rescindente e não se alcançou o que o direito planejou. A *resolução* é outra causa de sair do mundo jurídico o negócio jurídico (e.g., art. 1.092, parágrafo único). Outras, a *resilição* e a *denúncia.* Com *o* adimplemento de todas as obrigações, *o* negócio jurídico exaure-se, — é a extinção pelo adimplemento ou extinção satisfativa.

Capítulo V

Relação Jurídica

§ 39. Conceitos de relação e de relação jurídica

1.

Relação. É o ter-se de considerar a *a* frente a *b: a = b.* Há as relações

físicas, químicas, biológicas, sociológicas, como há as relações matemáticas (aritmológicas, geométricas, analíticas etc.). A relação jurídica é entre pessoas, isto é, entre entidades capazes de ter direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções. 2.

Relação jurídica. Relação jurídica é a relação inter-humana, a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica. De ordinário, está nesses fatos, como componente, ou como um dos elementos componentes do suporte fático. Ser filho é estar em relação fática (filiação-paternidade ou filiação-maternidade) que a regra jurídica faz ser relação jurídica. A relação tática de parentes não entra, em toda a extensão, no mundo jurídico. A certo grau, o direito deixa de jurídícizar a relação fática do parentesco. Outras vezes, a regra jurídica junta ao suporte tático parental fato jurídico *(e.g,,* o casamento dos pais; ou, para a afinidade, o ser casado com parente de alguém).

Muitas relações da vida são irrelevantes para o direito *(e.g.,* a relação de amizade); posto que, aqui e ali, ganhe esporádica relevância *(e.g.,* a inimizade, como causa suficiente para alguém não ser tutor, Código Civil, art. 413, III).

Sempre que a regra jurídica recai sobre relação da vida, diz-se bá *sica* ou *fundamental* a relação jurídica: a *incidência* da regra jurídica é como sobre pedra angular. Se a relação sobrevém à incidência e dela decorre, é *no campo da eficácia;* então, o direito trata-a como criação sua, admitindo alterações que não seriam admissíveis no mundo dos fatos. Essa distinção é essencial. Para as relações jurídicas básicas não é preciso que delas nasçam logo direitos e deveres. Pode mesmo dar-se não nasçam nunca. Para as outras, que são relações intrajurídicas, em vez de relações inter-humanas, que se juridicizar em, o ser e o ter algum efeito hão de, pelo menos, coincidir no inicio delas. A relação de parentesco pode existir antes de existirem direitos e deveres; iguAlmente, o domicílio.

As relações jurídicas tão em maior número do que os laços direitos-deveres (certo, A. nigk, Das *Anwendungsgebiet,* 14). Esses podem ser conteúdo delas, ou das relações jurídicas básicas, e é o que mais acontece, vindo, depois, as relações intrajuridicas; as relações juridicas, portanto, podem não ser apenas na extensão da eficácia.

3. *Relação jurídica básica.* Relição jurídica básica é o resultado da juridicização de relação inter-numana. A respeito do terreno de 50 X

100 metros da rua A, todos menos um, que se acham no território do Estado e, eventualnente, os que se acham na Terra, estão em relação inter-humana com todos menos um. A relação jurídica de propriedade é a entiada dessa relação no mundo jurídico, após a juridicização de algum fato. Por exemplo, A, que lá plantou roseirais e craveiros, tem a posse dele durante vinte anos, e a regra jurídica (Código Civil, art. 550; argentino, art. 4.015) considera esse fato elemento de suporte fático suficiente para a sua incidência. A incidência da regra jurídica sobre usucapião faz A dono do terreno; destarte, a relação inter-humana, fática, colore-se de jurídicidade e, dentro do mundo jurídico, produzem seus efeitos o fato jurídico e a relação jurídica (=

juridicizada). Dá-se o mesmo se, após dez anos, A o possui, tendo comprado de boa-fé a não-dono, mas aí a relação já é no mundo jurídico, onde o título está. A coisa, terreno, apenas é um dos fatos componentes do suporte fático e o "objeto" do direito.

4. *Relações entre coisas.* As relações entre coisas, como a de edifício e pertença, não são relações jurídicas; são relações fáticas, concernentes ao objeto dos direitos. O direito não as recebe como relações que se possam juridicizar; porque não são inter-humanas. Essas relações são tratadas como relações referentes ao conceito do objeto de direito, relações fáticas daquilo a que as relações jurídicas aludem. Sem razão, C. Neuner *(Wesen und Arten der Priuatrecbtsuerhâltnisse,* 5). A definição de relação jurídica é de grande importância prática. Um dos exemplos da sua aplicação éa respeito dos pressupostos da ação declaratória comum (Código de Processo Civil, art. 4º, parágrafo único). Porém a cada passo tem o jurista de invocá-lo. É peça indispensável em toda a sistemática. Falseia-o, de início, quem admite que a relação jurídica possa ser entre pessoa e coisa. Então, sería de outra relação, que se estaria falando, e é aqui que surge o problema da construção dos direitos reais, que versaremos mais tarde.

5. *Conteúdo das relações* jurídicas. Há relações jurídicas que só têm, como conteúdo, um direito e seu correlativo dever. Outras têm dois ou mais direitos e seus deveres correlativos. Aquelas e essas podem ter esteira de eficácia, isto é, irem-se-lhes seguindo os efeitos *(e.g.,* a relação jurídica de locação e os créditos), ou não na terem.

§ 40. Regra jurídica e relação jurídica

1.

Regra jurídica, relação jurídica e eficácia. As regras jurídicas são regras para as relações inter-humanas.

As relações inter-humanas são fatos do mundo; a regra jurídica fá-las jurídicas. Não se podem confundir com os seus efeitos. Onde os fatos jurídicos ocorrem, todas as relações que deles emanam são eficácia, porém o fato jurídico em si pode *já ser* relação jurídica. Quando se diz que se não há de confundir a relação jurídica com os fatos de que elas emanam, fatos, ai, são os elementos do suporte fático, e não os fatos jurídicos. As relações jurídicas são juridicização de relações inter-humanas; não só a eficácia dessas, após as juridicizações. Toda relação jurídica que se prende ao fato jurídico *anterior* é efeito, sim, *mais* algum outro fato que a fez vir. Quando A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teil,* 1, 123), por exemplo, escreveu que a relação jurídica é a eficácia jurídica das relações humanas definiu a causa pelo efeito. Quando o fato se fez jurídico, jurídicas fizeram-se as relações que ele implicou. Só a posteridade disso é que e eficácia. Se novas relações jurídicas decorrem disso é outro problema.

2. *Direitos e deveres.* A relação jurídica, *eg.,* a de vendedor-comprador, opera-se mais ou menos rapidamente. Há o suporte fático da venda e compra; há a incidência da regra jurídica sobre o suporte fático; há o fato jurídico e a juridicização da relação interpessoal que se compusera. Após a juridicização, a relação jurídica é inter-subjetiva (conceito relativo a direitos e deveres). No plano dos efeitos é que podem surgir relações jurídicas novas, que se chamariam *eficaciais.* Porém a relação jurídica, que se formou *ab initio,* não fora eficacial do fato jurídico; se a alguma eficácia se liga é à da regra jurídica, coisa diferente. A regra jurídica não se dirige a multiplicidade de sujeitos de direito, e sim a multiplicidade de pessoas, isto é, seres que têm capacidade de direito, que podem vir a ser sujeitos de direito. De sujeito de direito só se deve falar quando se *vê,* em casos concretos, na posição subjetiva, a pessoa. Depois de estabelecida a relação jurídica é que, por abstração, se fala de “direitos” e

“deveres” e se individualiza o “direito” de A ao bem *a,* que ele pode vender, ou deixar, ao morrer, a B. Nesse sentido, a B se transfere *o* “direito” de A, como, na assunção de dívida por B, se transferiria a “obrigação” de A.

As precisões lógicas evitam que se perca esforço intelectual com falsos problemas.

3. *Relação jurídica eficacial.* A relação jurídica básica não é eficácia do fato jurídico. É eficácia *legal,* eficácia da regra jurídica que incidiu. A eficácia jurídica, irradiação do fato jurídico e da própria relação jurídica, é outra coisa. Posto que espécie de relação jurídica.

§ 41. Relação intrajurídica ou eficacial

1. *Relação jurídica e efeito.* A relação jurídica básica distinguese da relação intrajurídica ou eficacial, em que aquela é a juridicização de relação, e essa relação só é oriunda da eficácia do fato jurídico. A relação de parentesco é relação jurídica basica; também o é a de nacionalidade i *ure sanguinis ou iure soli,* a de domicilio, a de personalidade, a de posse (qualquer que seja a teoria sobre ser direito ou fato), a de propriedade. A relação entre devedor e credor é relação intrajuridica ou eficacial. A relação entre o vendedor e o comprador, que já recebeu a coisa, se ainda não se procedeu ao registro do título, é relação jurídica básica. Todas essas relações podem ser objeto de ações declaratórias, positivas ou negativas. A obrigação de pagar despesas feitas pelo possuidor anterior, com que o possuidor de agora recebeu o bem imóvel, a esse, pelo terceiro que obtém a restituição, é relação intrajurídica.

O fato de serem distintas as relações jurídicas basicas ou fundamentais e as intrajurídicas permite que, depois de extintas essas, a extinção daquelas, *e.g.,* por *controrius consensus,* possa fazer novas relações intrajurídicas, que obriguem à devolução. A cessão de crédito refere-se ao crédito, à relação intrajurídica; *o* distrato, ou *contrarius consensus,* á relação jurídica fundamental. O fiador garante a dívida, a relação intrajurídica; o principal pagador, pois que se dá assunção acumulativa de divida, põe-se em relação jurídica fundamental, que duplica a anterior.

De ordinário. os negócios jurídicos de garantia não duplicam a relação jurídica fundamental; e a cessão só se refere ás relações intrajurídicas. Ainda quando as leis de locação falam de alguém “continuar” a locação de outrem, a continuação é só nas relações intrajuridícas.

2. *Sucessão e sucessividade.* Sempre que se diz que houve sucessão de termo de relação jurídica basica necessariamente se há de entender que se *constituiu* outra relação jurídica que ficou "sem átomo de tempo" no lugar da primeira. Não assim quando se trata de eficácia de relação jurídica, porque, ai, a lei pode estabelecer o que entenda: é domínio seu.

3. *Relação jurídica e sistema jurídico.* Se o conceito de relação jurídica mais aparece no campo do direito das obrigações, dai não se há de concluir que tenha, aí, maior importância, nem, com maioria de razão, que tal se dê por ser peculiar a ele. O esgalhamento dos créditos é que concorre para essa maior visibilidade das relações jurídicas e são elas, em verdade, intrajuridicas (= produzidas pela eficácia da relação jurídica basica, que é a do negócio jurídico). O hábito de se verem mais a essas do que às outras levou alguns juristas a reputarem mera

"situação" a relação jurídica em que contrato e eficácia não são simultâneos. A relação jurídica lá está, antes das relações intrajurídicas; só a morte, *o contrarius consensus,* a denúncia, e outras causas tais as extinguem. O

cumprimento de cada obrigação extingue-a; pode não extinguir a relação jurídica basica; a solução por meio de compensação, a consignação, a remissão, também. O assunto ganha de relevo quando se cinde o ser e o *ter eficácia* do fato jurídico. Por exemplo, nos negócios jurídicos desprovidos de eficácia (e g., venda e compra de coisa alheia), se o comprador foi ciente (ainda não há a relação intrajurídica de prestar), por ter aceito *o* prazo para a aquisição. A vendeu prédio a B, por escrito particular, a despeito das regras de forma. Quer cumprir, a despeito disso. Entendeu A. von Tuhr *(Der Allgemeine Teil,* 1, 127) que aí cabe a ação declaratória, se o que deseja cumprir o contrato tem interesse em fixar o conteúdo desse, antes de se validar (?) pelo cumprimento. Dá como fundamento tratar-se de obrigação natural, o que é de repelir-se. Não há obrigação natural de se cumprir o contrato nulo. A ação declaratória não cabe porque a relação jurídica, oriunda do contrato nulo, seria relação jurídica em contrato nulo, mas contrato nulo não produz relação jurídica eficaz. A ação declaratória positiva seria negação da nulidade. Se consegue guarida é porque só após a decretação de nulidade seria de pleitear-se a declaração negativa (a alegabilidade *incidenter* da nulidade é outra questão, que, no direito brasileiro, se resolve afirmativamente: ação

metida no processo de outra).

Há relações intrajurídicas que não dizem respeito à existência de créditos presentes ou futuros. Se A e B são credores um do outro e compensáveis os seus créditos, nasce a eles, devido à relação intrajuridica de compensabilidade de créditos, direito à compensação. Todo direito, dever, pretensão, obrigação, ação ou exceção só existe porque existe relação juridica eficacial.

4.

Relação jurídica básica e fatos jurídicos. Há conveniência em se falar da *relação jurídica* oriunda da incidência da regra jurídica sobre fatos e acontecimentos que ocorrem a determinada pessoa, como é a maioridade, a incapacidade por surdo-mudez, ou loucura. Há relação jurídica quando o direito estatui que os seres da classe A são capazes de direito, ou capazes civilmente, ou incapazes relativa ou absolutamente: a relação jurídica é entre eles e as demais pessoas. Os juristas que evitavam dizê-lo *(e.g.,* A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* II, 125), confundiam o suporte fático e a relação jurídica. Nem seria melhor o conceito de "qualidades da pessoa" para as espécies concernentes à capacidade civil e de direito público.

A relação de domicílio é relação entre o domiciliado e as outras pessoas, a respeito da sua fixação no território. A relação entre o domiciliado e o lugar do domicilio nada tem com o conceito de relação jurídica: é relação topológica , ou simplesmente funcional (domicílio de funcionários públicos). O suporte fático compõe-se da relação referida *mais* a relação entre a pessoa domiciliada e as outras pessoas. E sobre esse suporte fático que incide a regra jurídica que diz "O domicílio civil da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo" (Código Civil, art. 31). A constituição de domicílio não é ato real; é ato jurídico *stricto sensu.* A relação jurídica pode não se dar e então cabe ação declaratória negativa. Dando-se, é de propor-se a ação declaratória positiva.

5.

No direito de família e no direito das sucessões. As relações jurídicas fundamentais ou basicas no direito de família são *a)* a de casamento, que é negócio jurídico, com o suporte fático de duas declarações de vontade, e *b)* a de parentesco. As relações jurídicas de filiação, de

pátrio poder, de alimentos, as relações jurídicas recíprocas, ou não, entre cônjuges, quer pessoais quer bonitárias, são relações intrajuridicas. Na filiação, relação de parentesco e relação jurídica derivada da eficácia do casamento combinam-se entre si.

No direito das sucessões, as relações juridicas são entre o herdeiro e outro sujeito, ativo ou passivo, conforme a natureza da relação. Seria continuar-se a desconhecer a interpersonalidade das relações jurídicas dizer-se que há relação jurídica (1) entre o herdeiro e o patrimônio do decujo (sem razão, A. von Tuhr, *Der Allgemein? Teil,* 1, 128). Outras relações jurídicas são intrajuridicas como a que existe entre o fiduciário e o fideicomissário.

A constituição da porção legítima é digna de atenção dos investigadores. O parentesco, no grau que é o dos legitimários , faz parte c0 suporte fático em que também entra o fato da morte, e nasce, abertura da sucessão, o direito à legítima, com as pretensões próprias junto às do direito de herdeiro.

Entr os comuneiros, ainda na propriedade *pro diviso,* e entre os sócios há relações jurídicas, sendo fundamentais a de comunhâr e a de sociedade.

6. Instituição jurídica. O conjunto de regras jurídicas sobre deter minada redação jurídica diz-se *instituição jurídica.* A apresentação esquemática da instituição, em torno da relação jurídica, dá-lhe o perfil e ac mesmo tempo serve à comparação das instituições, de que os conhecimentos sobre o ramo de direito a que pertencer‟

§ 42. Conteúdo da relação jurídica

1. *Relação jurídica e efeitos.* À relação jurídica pode somente corresponder um direito, de modo que esse lhe exaure o conteúdo (reparação) do dano, mútuo), ou dois ou mais direitos. De ordinário, ela a margem ao surgimento de direitos e deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções. A relação jurídica pode durar mais do iue os direitos; irem-se eles extinguindo, sem que ela se extinga

(pagam-se os aluguéis, e a relação jurídica de locação fica, até se extinguir pela denúncia, ou pelo vencimento do prazo, ou outra causa). Pode durar menos: acabar a relação juridica de locação, e ficar a dever aluguéis *o* locatário e talvez surja, com base em regras de leis emergenciais, pela infração do locador que pedira a casa para morar, direito e pretensão à volta, isto é, à restauração (deixemo-lo aqui sem definição) da relação jurídica. Os direitos às vezes subsistem, a despeito da morte do que se achava como sujeito da relação jurídica *(e.g.,* créditos oriundos do mandato, de obrigação alimentar).

2.

Sucessão e relação jurídica. Tem-se dito que a sucessão jurídica não diz respeito só a direitos e deveres.

Também se sucede em relações jurídicas. As vezes, em vez de se dar ao termo "suceder" o sentido jurídico, emprega-se o largo, que abrangeria a sucessão somente cronológica, a sequência. Assim, se o sentido é o próprio, não há dúvida que se erra; se é *o* largo, não se erra. O herdeiro não entra nas relações jurídicas do decujo: entra nos direitos e deveres, porque esses são o que está do lado da relação jurídica, ativo ou passivo. *Nas relações não se dá substituição de termos sem que seja outra a relação.* Se a lareira me aquece, há relação entre a lareira e meu corpo. Se saio para que outrem se sente na cadeira em que eu estava, outra é a relação. O mesmo acontece se me vou aquecer à outra lareira. Não se pode conceber relação sem os seus termos: nem se há de fazer tábua rasa da lógica e da gnoseologia.

Acontece, porém, que, no tocante às relações jurídicas que são criadas pela eficácia jurídica, ditas relações intrajurídicas, a liberdade de concepção do direito é completa: a regra jurídica pode estabelecer o que entenda, a propósito de identidade, ou não-identidade, das relações intrajuridicas, ainda se se lhes mudam os termos; e até mudar a relação entre os termos e considerá-las uma só e mesma relação.

3.

Relações entre efeitos jurídicos. Entre direitos e deveres nascidos da mesma relação jurídica, podem existir conexões, ou dependências, ou entrechoques (dos quais *o* mais grave é o da confusão); porém as relações entre eles não são relações jurídicas.

Se a regra jurídica, a respeito de alguma relação jurídica e, pois, a respeito de posições *nela,* exclui à pessoa física ou à pessoa juridica o entrar em tal relação jurídica, não atinge a personalidade, que independe, conceptualmente, do número de casos concretos de tomada possível de posições.

3. *Quem é pessoa.* São condições sociais de cada momento que determinam quais as pessoas, isto é, aquelas que têm possibilidade de ser sujeitos de direito. Os nossos dias somente admitem que seres humanos e sociedades, associações de homens, fundações e entidades com suporte humano tenham personalidade. Coisas e animais não mais podem ser pessoas, posto que, no passado, se tenha tentado a adaptação social deles. Ainda quando as leis protegem coisas e animais, em verdade só se dirigem aos homens e às outras personalidades, por lhes parecerem perversos, cruéis ou supérfluos os seus atos ou as suas omissões.

4.Questões extrajurídicas. A questão de se saber se as pessoas jurídicas são ou não homens é extrajurídica.

Alguém que esteja no plano, por exemplo, da antropologia, somente pode responder que as pessoas jurídicas são homens, mesmo porque o antropólogo não entra nos sistemas jurídicos que são os únicos planos em que se pode cogitar de pessoas jurídicas, aliás também os únicos em que se pode cogitar de pessoas físicas (conceito jurídico).

Por isso mesmo, o jurista que responde: “As pessoas jurídicas são ficções”, ou “Só existem pessoas físicas”, pelo menos *aí* deixou de ser jurista, ou teórico do direito, para ser antropólogo, pensador sem compromissos científicos, ou qualquer outra coisa que não o jurista. A pessoa jurídica não é ilusão de ótica, nem ficção, exatamente como não no é a pessoa física: ambas são pessoas, segundo o direito, sendo a última a de suporte físico imediato; ambas são conceitos da teoria da personalidade jurídica, que trata de qualquer espécie de personalidade jurídica, isto é, da pessoa física e da jurídica. Pessoa jurídica é jurídica *sensu lato;* a pessoa física é tanto jurídica *(sensu lato)* quanto a física. Os bens que me pertencem pertencem a mim, homem nascido no Brasil, capaz de direito nos sistemas jurídicos em que se regula a aquisição e perda de tais bens. Os bens que pertencem à pessoa jurídica A pertencem a pessoa jurídica capaz de direitos nos sistemas

jurídicos em que se regula a aquisição e perda de tais bens. A pessoa de cada membro da sociedade personificada é distinta da pessoa jurídica da sociedade, porque a capacidade de direitos é a mesma, e cada uma a adquire separadamente, por ser ela indivisível e intransferível. A *pessoa é o pólo possível das relações de direito:* como pólo de relações de direito, a distinção "física e jurídica" é nenhuma, posto que algumas relações de direito não possam ter como pólo a pessoas físicas, e outras, a pessoas jurídicas. Houve homens, que não foram pessoas; há pessoas, que não são homens.

5.

Natureza social, inter-humana, da relação jurídica. Todas as teorias que admitem relação da pessoa com a coisa cometem o erro de negar a natureza *social* das relações jurídicas: relações com as coisas não seriam sociais.

Por outro lado, fazem tábua rasa do que se sabe sobre a origem do direito, como processo de coexistência dos homens; ou, em certos tempos, como tentativa de processo de adaptação entre os homens e as coisas e animais, porém como sujeitos. No direito real, a ordem jurídica somente atua e somente pode atuar por meio de proibições a pessoas e de coerção de pessoas: "A relação jurídica com a coisa é totalmente impossível" O. Lenel, *Uber Ursprung und Wirkung der Exceptionen,* 11); "mediata não é a relação juridica, mas a relação efetiva do titular sobre a coisa, que o direito *tem por fito* estabelecer".

A regra jurídica, incidindo sobre os fatos, qualifica-os como jurídicos, *juricizados,* dá-lhes a cor jurídica, assinala-os. Essa função objetiva heteronomica somente se pode exercer, pois que se destina ao regramento de relações inter-humanas, *mediante* ligacão entre as pessoas. A regra jurídica dirige-se, então, a essas, para que nãz seja vão o seu propósito, e as liga, jurídicizando relações. O direito de personalidade de A é tanto direito perante B quanto a mim e perante todos os que têm de atender a que A é pessoa. O direito de propriedade de A é tanto direito perante B, seu vizinho, quanto perante C, que habita noutra cidade, e quanto perante mim. A regra jurídica tem eficácia contra todos; porém não é disso que se trata: trata-se de que ela já incidiu, e o suporte fático entrou, colorido como fato jurídico, no mundo jurídico; a eficácia é da relação jurídica, *pois que existe.* Dai ser fora de todo valor lógico e científico dizer-se que, nos casos de "situações jurídicas", a relação seria entre cada sujeito de

direito e a regra jurídica (A. E. Cammarata, *Limiti,* 43 e 61 s.). Essa comunicação com a regra jurídica é simplesmente estranha, porque revela que se subiu do plano (B) dos fatos jurídicos (= já juridicízados), fatos com a incidência da regra jurídica e, pois, já ingressados no mundo jurídico, para o plano (A) pretérito da regra jurídica. Com um pouco mais nesse pendor imaginativo, e menos ilógico, houve quem negasse qualquer relação jurídica no plano (E) e entendesse só existir relação entre os sujeitos e a lei (F. C. Cicala, *Rapporto giuridico,* 15). Diante da obscuridade do sujeito passivo em cedas categorias jurídicas ou do sujeito ativo, mudar de plano é mudar de linguagem e tomar atitude anticientífica. Já erro fora ter-se descido do plano (A) para o plano (B) quando se cogitou de definir o direito subjetivo como poder de sujeição de alguém sobre outrem.

Certamente, a noção de subingresso, que se dá na sucessão a causa de morte, permite pensar-se em titularidade sucessiva: a um dos titulares sucede outro; porém na relação jurídica de A (pai, de A filho; de A avô, neto de A), isto é, não na relação inter-humana que se juridicizou, e sim na relação jurídica *que é só eficácia;* porque, aí, a regra jurídica faz o que bem entende e pode conceber relações fantásticas, em que os termos se mudem, sem que elas mudem, e em que elas mudem e os termos fiquem. E a eterna confusão entre o idêntico e o igual, entre o é e o =. A eficácia e, pois, as relações jurídicas que são do seu campo é que são ontologicamente jurídicas; a relação inter-humana, que se juridiciza, de modo nenhum. Já aqui a diferença entre essa relação jurídica e a sua eficácia se distinguem fundamente. Pode dar-se que já *seja,* enquanto os efeitos ou alguns dos seus efeitos ainda não são, dependendo de algum fato que se ajunte à relação jurídica, como a condição ou o último dia do termo.

6.

Relações jurídicas só eficaciais. Pode-se reduzir o conceito de relação jurídica ao de relação jurídica no plano da eficácia. Somente efeitos criariam relações jurídicas. O ato, ou o fato físico, entrando no mundo jurídico, não seria relação jurídica; relações jurídicas só seriam as que se irradiassem do fato jurídico (K.

Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 4). O fato jurídico, de si só, sem a sua posteridade eficacial, não seria relação jurídica. Relações jurídicas só existiriam na posteridade dele, na esteira dos seus efeitos. Tal estreitar do conceito não seria sem inconvenientes: há relação jurídica desde que a regra jurídica incide sobre alguma relação social ou inter-humana. Desde que se conclui o contrato, relação jurídica há. Por isso

mesmo, já a ação declaratória (Código de Processo Civil, art. 49, parágrafo único).

Não há relação jurídica entre os diferentes credores da mesma pessoa, salvo se tal relação advém pela concorrência de medidas constritivas ou pela formação do patrimônio concursal.

Não há direito, nem dever, nem pretensão, nem obrigação, nem ação, nem exceção, *sem que haja relação jurídica.* O que se vê, na relação, como posição ativa, é que é direito, pretensão, ação, exceção; o que se vê como posição passiva é que é dever, obrigação, posição de réu ou de exceptuando.

7.

Relações jurídicas, unigeradoras e multigeradoras. As vezes, o direito e o dever, a pretensão e a obrigação, ou a ação, ou a exceção, que irradiam da relação jurídica são ao longo e ao largo de toda ela. Nenhum efeito mais surge; toda a eficácia se produziu. Tomou A de empréstimo a B, por vinte dias, x reais, sem juros, e venceu-se o prazo. Se A não paga o débito, o mais que pode ocorrer é a fluência de juros moratórios. Por seu lado, C feriu a D: deve-lhe a indenização. São as relações jurídicas *unigeradoras.* Outras há, e em maior número, que irradiam muitos direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações, exceções: são *multigeradoras.* Pense-se na locação, na sociedade, no mandato. Há o direito unitário do locador e do locatário e os direitos que se vão irradiando. Os créditos da locação vão-se produzindo e extinguindo, sem que a relação jurídica de locação se extinga.

Termina a locação, e não mais se produzem créditos; mas os créditos, que não foram satisfeitos, subsistem. A relação jurídica do mandato e a da gestão de negócios terminam com a morte do mandatário ou do gestor; os créditos subsistem e transferem-se. Lá está em Ulpiano, *ad edictum* (li. 6, § 6, D., *de his qui notantur infamia,* 3, 2: ... heres neque in tutelam neque in societatem succedít, sed tantum in aes alienum defuncti". Os deveres que surgem aos herdeiros do mandatário (art. 1.322) e do sócio (art. 1.402) são novos. Se todos os créditos foram satisfeitos, mas sobrevém resolução do negócio jurídico, surgem créditos novos àdevolução das prestações e a perdas e danos.

8.

Transmissão excepcional da relação jurídica. Enquanto direitos (inclusive créditos), pretensões, ações e exceções são transmissíveis, não no é, de regra, a relação jurídica. De modo que a *transmissão* é *a passagem do direito, pretensão, ação ou exceção a outra relação jurídico que aquela em que nasceu.* Dá-se o mesmo quanto aos débitos, obrigações e posições passivas das ações e exceções. Mas é certo que os sistemas jurídicos poderiam conceber a transmissão da relação jurídica mesma, porque se está no plano da eficácia, onde tudo pode a técnica legislativa; em verdade, quase sempre se abstêm de tal forçamento. Em princípio, só se dá o ingresso do sucessor pela assunção da titularídade dos direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções. Diz o art. 1.197:

"Se, durante a locação, for alienada a coisa, não ficará o adquirente obrigado a respeitar o contrato, se nele não for consignada a cláusula da sua vigência no caso de alienação, e constar de registro público." ~Que se passa, então, a respeito do adquirente do prédio ou da coisa móvel? ~O ingresso é só nos direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções, ou na própria relação jurídica? Se tudo se passasse sem qualquer ocorrência à relação jurídica de locação, continuaria sendo locador o alienante, e a denúncia seria a ele e não ao adquirente. Se assim pensava, sem ir às conseqüências, 1(. Hellwig *(Die Vertràge aul Leistung an Dritte,* 428 s.), mudou de opinião *(Lehrbuch,* 1, 290). Mais corrente é afirmar-se a inserção nos direitos e obrigações, como na relação jurídica mesma (G. Planc, *Búrgerliches Recht,* 1. 320; A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* 1, 132). Nem aquela nem essa construção satisfazem. A relação jurídica, que era, de regra desaparece; resta o que é eficácia, seguindo-se àquela outra relação jurídica, em que todos os elementos são os mesmos da anterior, exceto o elemento subjetivo do locador, que é outro. Se o sistema jurídico estabeleceu outra solução, é a relação jurídica que persiste. Vê-lo-emos a seu tempo.

9.

Ligação entre efeitos. Entre os direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções que irradiam da mesma relação jurídica há certa *ligação;* porém já muito longe se está da necessidade, postulada em direito romano, de serem exercidas pela mesma *actio* todas as pretensões oriundas da mesma relação jurídica. Um dos fatos mais notáveis, que restam, de conexidade entre efeitos é o que dá ensejo ao

direito de retenção. Outro, o do efeito reflexo da solidariedade.

Capítulo VI

A Psique e o Direito

§ 44. Direito e relações inter-humanas

1.

Função do direito. O direito só se interessa pelo inter-humano; por isso, regra relações, cria-as, modifica-as, extingue-as. O inter-humano que se não exterioriza em palavras ou atos dificilmente cairia sob o seu regramento. Em todo o caso, o direito tenta colher o que é *vontade,* ou *pensamento,* ou *sentimento,* sempre que, não exteriorizado de todo, há elementos para a pesquisa. Seja como for, outros processos sociais de adaptação se incumbem de tentar a disciplina inteira; e o próprio direito leva em conta *intenções* e *opiniões* das pessoas sobre fatos e circunstâncias. Os *motivos* mesmos podem ser elevados á categoria de elementos de suporte fático, isto é, deixar de ser simples motivos. Por outro lado, alguns sistemas jurídicos, ou alguns ramos de sistemas jurídicos, adotam o juramento, como meio de prova, que tenta captar o que se passou na vida interior ou o que se representa na vida interior. Nos primeiros tempos, o direito é quase só referente aos elementos fáticos externos.

Depois, há toda uma evolução de atenção ao psíquico (dolo, má-fé, negligência, intenção).

A manifestação de vontade pode ser expressa (oral, escrita, ou por gesto), ou por atos concludentes, ou tácita. Há manifestação de vontade por ato concludente, quando, por exemplo, o editor me envia livro novo, que não pedi, ou quando remeto de volta esse livro, que não quero, ou quando o credor, a quem se pediu remissão da dívida, guarda no cofre o titulo, ou sorri, em tom de negativa, ou de espanto pela ingenuidade do pedido. Quem alega ter existido manifestação de vontade, tem de prová-lo; se se trata de manifestação recepticia de

vontade, há de provar a existência dela e o tê-la recebido o outro figurante, ou simples receptor. Quem alega a nulidade, ou a anulabilidade, é que tem de prová-la.

2.

Vontade e motivos. Os *motivos,* propriamente ditos, não entram nos suportes fáticos: ficam de fora, sem que o mundo jurídico lhes dê relevância. Se, excepcionalmente, sobem de categoria, podem ser demonstrados; e basta que se demonstrem, ainda por circunstâncias, se a lei não limita os meios de provas. Por vezes, é a conduta posterior que caracteriza a intenção, se a regra jurídica a faz elemento do suporte fático; e.g., arts. 1.331 e 1.332

(intenção de gerir negócios alheios), 317, II (tentativa de morte), IV (abandono do lar). A vontade presumível do *dominus negotii* (aris. 1.331 e 1.332) é elemento fático, a despeito de lhe faltar exteriorização, donde distinguirem-se, no art. 1.332, a „vontade manifesta" e a „vontade presumível" (R Eltzbacher, *Die Handlungsfàhigkeit,* 245). A intenção do marido, ou da mulher, de adquirir para si, e não para o casal, com frutos dos bens comuns, algum objeto, ou a intenção do noivo, ou da noiva, de fazer divida para aprestos do casamento (art. 263, VII), não precisa ser manifestada à outra pessoa, nem, tampouco, ser notória, — basta que se possa provar. O ato do art. 150 é vontade manifestada.

3.

Elemento cognoscitivo. O fato do *conhecimento* entra, por vezes, nos suportes fáticos, especialmente do direito civil e do penal. Tem relevância, então, o conhecer, ou o não-conhecer. A base da teoria da relevância do conhecimento estão dois princípios: *a)* o *princípio do difícil equivalente ao impossível,* segundo o qual se tem por desconhecido o que os interessados dificilmente poderiam conhecer *(eg.,* art. 251, "lugar remoto, ou não sabido"

Código de Processo Civil, art. 231, 1 e II); *b)* o *princípio da difusão suficiente,* segundo o qual se tem por fato conhecido o que se apresenta com grande probabilidade de ser conhecido. Onde um ou outro não pode ser invocado, precisa-se provar o conhecimento, ou o não-conhecimento. Para se fazer invocável o princípio *b),* usam-se expedientes como o dos editais, o dos registros públicos e outros.

Se a lei atribui ao conhecimento de certo fato alguma eficácia, é que esse conhecimento entrou como elemento no suporte fático de algum fato jurídico. A eficácia é desse. Se o conhecimento só existe se a pessoa sabe qual a importância jurídica, ou material, do fato conhecido depende da regra jurídica. Pode bem ser que ela entenda incluída no simples fato do conhecimento essa *captação* do papel do fato. No conhecimento que o art. 1.101

impõe, para não poder ser enjeitada a coisa, ou não se poder pedir a diminuição do preço (art. 1.105), há de estar compreendido o vício; não basta o conhecimento externo da coisa: é preciso que se saiba haver o vício, pois só assim deixa de ser oculto.

O conhecimento pode ser elemento determinante do fato jurídico. O possuidor de boa-fé só tem direito aos frutos percebidos enquanto ela dura: aí, *mala hdes superveniens nocet* (arts. 510 e 511, 513, 515 e 517). Basta se não conheça o credor, ou que ele resida em lugar incerto, para que se possa pedir a consignação (art. 973, III). Alguns fatos não deixam de ter efeitos, se olvidados (a má-fé, no caso de usucapião, ads. 551 e 618, parágrafo único); outros, olvidados por aqueles que podiam alegá-lo, são como se não tivessem existido: apaga-os o tempo.

4. *Comunicações de conhecimento.* O conhecimento pode ter origem em comunicação. As *comunicações de conhecimento* ora são elementos essenciais do suporte fático, ora elementos para a sua eficácia quanto áquele que a recebe *(e.g.,* art. 1.069, efeito da cessão de crédito quanto ao devedor; art. 792, II, e 794, efeito da caução de títulos de crédito quanto ao devedor). Não basta provar-se que o devedor estava ciente: é preciso ter sido notificado, ou ter-se dado por ciente, em escrito público ou particular. Nem basta provar-se que o devedor conhecia a caução: é preciso a intimação, ou, pelo menos, que se haja dado por ciente. Tais comunicações de conhecimento são atos jurídicos *stricto sensu,* de que resulta eficácia jurídica, ás vezes proposital, e se submetem a algumas regras juridicas que se formulam para os negócios jurídicos em geral, ou decorrentes de declarações receptícias.

Distinguem-se bem a *comunicação de conhecimento* e o *conhecimento em si mesmo* quando se presta atenção às espécies em que basta ter-se conhecido e, pois, não é preciso comunicação: ou há declaração (ou manifestação) de ciência (arts. 1. 069, 794, 2ª parte); ou, ainda que

essa declaração ou manifestação não se dê, pode ser provado o ter conhecimento do fato a pessoa. Assim, A comprou a B carregamento de gêneros alimentícios e B

comunicara a A, por carta e por telegrama, respectiva-mente, que os gêneros *a* tinham os vícios a"; e os gêneros *b* tinham os vicios b; porém A não leu a cada, que recebera, por ter falecido, no dia, sua mulher, e o telegrama lhe não chegara, por interrupção das linhas telegráficas. Num e noutro caso, A não teve conhecimento do que B lhe comunicara e pode enjeitar os gêneros *a* (art. 1.101), restituindo o alienante o que recebeu, com perdas e danos (art. 1.103, 1ª parte), ou pedir abatimento do preço (art. 1.105). Mas cabe a A o ônus de provar que, a despeito da comunicação que B fizera, não lera a carta (K. Hellwig, *Wesen* und *suhjektive Begrenzung der Rechtskraft,* 392), por algum motivo admissível (acrescentemos), porque o fato de se abster de ler as cartas, que chegaram ao destino, não pode, de regra, ser a prejuízo do que fez a comunicação (A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* li, 130).

Aliás, se há motivos fortes para que A, tendo lido a cada, ou o telegrama, duvide do conteúdo, não se lhe pode imputar conhecimento. Quanto ao telegrama, ou cada, que não chegou, nenhuma eficácia tem a comunicação de conhecimento: frustrou-se.

Quando a comunicação de conhecimento é bastante em si, o que se substitui no ato jurídico *stricto sensu* é a recepticiedade *pessoal* pela recepticiedade *edital* (= total), ou pela recepticiedade *indireta* (aviso a B de que constituiu C mandatário).

5.

Dever de conhecer. Algumas vezes, há *dever de conhecer.* O que tem de conhecer, para certos efeitos, é tido como se conhecesse se o seu desconhecimento provém de culpa sua, ainda se devida à falta de diligência para investigar e se informar. Na indenização de que trata o art. 158, é causa pré-excludente o ignorar a não-validade do ato, por culpa grave. O oficial público tem o dever de conhecer aquilo que ele certificou, posto não seja adstrito a conhecer o objeto do ato que ele certifica.

6.

Conhecimento e dúvida. Conhecimento e *dúvida* são distintos. Quem duvida (ainda) não conhece.

Conhecer e ter opinião sobre a probabilidade ou a possibilidade de existência de algum fato são dois conceitos que se não devem confundir. Supor e duvidar não são conhecer. Se A sabe que a obrigação *a* não existia, não pode repetir o que pagou a B (arts. 964 e 965); pode-o, no entanto, se tinha dúvidas sobre a existencia.

A *suposição,* por si só, pode ser elemento do suporte fático; então, não se precisa da certeza, do conhecimento.

Têm-se exemplos no art. 1.331, quanto à "vontade presumível" do *dominus negotii* (= provável desejo e fito), no art. 1.332, quanto à gestão "contra vontade presumível do interessado" (elemento do suporte fático do ato ilícito), no art. 1.025 (incerteza quanto ao objeto da transação), nos conceitos de "perigo" (c.g., arts. 160, II, "perigo iminente", 1.323, "demorar sem perigo", 1.334).

7.

Difusão edital e conhecimento. O expediente técnico mais eficiente para se suprir a comunicação *pessoal* de conhecimento é o *edital,* tais como os proclamas de casamento (art. 181), as intimações e notificações por edital, a revogação da procuração (art. 1.316,1), e as provocatórias editais. A técnica legislativa, em espécies tais, satisfaz-se com a *probabilidade* resultante da divulgação gráfica, para admitir que todos devam conhecer ("saibam quantos", "a todos a que interessar possa"). Findo o prazo da publicação, ou após feita a última publicação exigida, não mais importa se os atingidos pela comunicação edital conheceram, ou não, o conteúdo dela. Aliás, esse é também o fundamento das presunções e da fé pública dos livros e registros públicos. Em vez de irem aos interessados, como as publicações editais, — aos livros e registros públicos *podem* ir os interessados, o que os faz publicações sem édito, publicações paradas, e não, como os editais, Distinguem-se bem a *comunicação de conhecimento* e o *conhecimento em si mesmo* quando se presta atenção às espécies em que basta ter-se conhecido e, pois, não é preciso comunicação: ou há declaração (ou manifestação) de ciência (arts. 1. 069, 794, 2ª parte); ou, ainda que essa declaração ou manifestação não se dê, pode ser provado o ter conhecimento do fato a pessoa. Assim, A comprou a B carregamento de gêneros alimentícios e B

comunicara a A, por carta e por telegrama, respectiva-mente, que os gêneros *o* tinham os vícios a"; e os gêneros *b* tinham os vicios b; porém A não leu a cada, que recebera, por ter falecido, no dia, sua mulher, e o telegrama lhe não chegara, por interrupção das linhas telegráficas. Num e noutro caso, A não teve conhecimento do que B lhe comunicara e pode enjeitar os gêneros *a* (art. 1.101), restituindo o alienante o que recebeu, com perdas e danos (art. 1.103, 1ª parte), ou pedir abatimento do preço (art. 1.105). Mas cabe a Ao ônus de provar que, a despeito da comunicação que B fizera, não lera a carta (K. Hellwig, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft,* 392), por algum motivo admissivel (acrescentemos), porque o fato de se abster de ler as cartas, que chegaram ao destino, não pode, de regra, ser a prejuízo do que fez a comunicação (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* II, 130).

Aliás, se há motivos fortes para que A, tendo lido a carta, ou o telegrama, duvide do conteúdo, não se lhe pode imputar conhecimento. Quanto ao telegrama, ou cada, que não chegou, nenhuma eficácia tem a comunicação de conhecimento: frustrou-se.

Quando a comunicação de conhecimento é bastante em si, o que se substitui no ato jurídico *stricto sensu* é a recepticiedade *pessoal* pela recepticiedade *edital* (= total), ou pela recepticiedade *indireta* (aviso a B de que constituiu C mandatário).

5.

Dever de conhecer. Algumas vezes, há *dever de conhecer.* O que tem de conhecer para certos efeitos, é tido como se conhecesse se *o* seu desconhecimento provém de culpa sua, ainda se devida à falta de diligência para investigar e se informar. Na indenização de que trata o art. 158, é causa pré-excludente o ignorar a não-validade do ato, por culpa grave. O oficial público tem o dever de conhecer aquilo que ele certificou, posto não seja adstrito a conhecer o objeto do ato que ele certifica.

6.

Conhecimento e dúvida. Conhecimento e *dúvida* são distintos. Quem duvida (ainda) não conhece.

Conhecer e ter opinião sobre a probabilidade ou a possibilidade de existência de algum fato são dois conceitos que se não devem confundir. Supor e duvidar não são conhecer. Se A sabe que a obrigação *a* não existia, não pode repetir o que pagou a B (arts. 964 e 965); pode-o, no entanto, se tinha dúvidas sobre a existência.

A *suposição,* por si só, pode ser elemento do suporte fático; então, não se precisa da certeza, do conhecimento.

Têm-se exemplos no art. 1.331, quanto à" vontade presumível" do *dominus negotii* (= provável desejo e fito), no art. 1.332, quanto à gestão "contra vontade presumível do interessado" (elemento do suporte tático do ato ilícito), no art. 1.025 (incerteza quanto ao objeto da transação), nos conceitos de "perigo" *(e.g.,* arts. 160, II, "perigo iminente", 1.323, "demorar sem perigo", 1.334).

7.

Difusão edital e conhecimento. O expediente técnico mais eficiente para se suprir a comunicação *pessoal* de conhecimento é o *edital,* tais como os proclamas de casamento (art. 181), as intimações e notificações por edital, a revogação da procuração (art. 1.316,1), e as provocatórias editais. A técnica legislativa, em espécies tais, satisfaz-se com a *probabilidade* resultante da divulgação gráfica, para admitir que todos devam conhecer ("saibam quantos", "a todos a que interessar possa"). Findo o prazo da publicação, ou após feita a última publicação exigida, não mais importa se os atingidos pela comunicação edital conheceram, ou não, o conteúdo dela. Aliás, esse é também o fundamento das presunções e da fé pública dos livros e registros públicos. Em vez de irem aos interessados, como as publicações editais, — aos livros e registros públicos *podem ir* os interessados *o* que os faz publicações sem édito, publicações paradas, e não, como os editais, publicações afixadas em lugar público ou difundidas. Aos interessados é permitido solicitar informações dos registros e pedir certidões aos oficiais públicos (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts. 16 a 21).

8.

Difusão pelos registros. Os registros ora têm *eficácia constitutiva* ora *declarativa,* conforme fazem nascer, modificar-se, ou extinguir-se

relação jurídica, ou algum efeito, ou apenas são reconhecimentos de algum fato jurídico ou efeito. Algumas vezes excluem a não-validade (o nulo deixa de ser nulo, faz-se válido; o anulável deixa de ser anulável); outras vezes, produz fé pública, isto é, se a pessoa ignora que são falsos os dizeres (discordância entre a matrícula, o registro, ou averbação, e o encadeamento normal dos fatos da vida jurídica) e se guia pelo registro, esse produz o efeito em que se cria (e.g., registro de imóveis).

9. *Erro e boa-fé.* É a respeito da *boa-fé* que mais os sistemas jurídicos levam em conta o erro. O direito moderno pô-la em muitos suportes fáticos, de modo a assegurar a confiança nas relações inter-humanas. O direito romano recebeu da ética o seu conceito. Veio desobjetivar, digamos assim, os suportes fáticos; em vez de serem eles como se compuseram, como, em verdade, dentro deles, se juntaram os elementos, pode entrar neles a opinião dos interessados ou figurantes. Rigorosamente, há o suporte fático "objetivo" *mais* esse elemento, subjetivo, da crença no suporte fático como devera ser. Por isso mesmo, a boa-fé opera *após,* **às** vezes em suporte fático distinto e distante, como a respeito da usucapião decenal de imóveis (art. 551) ou trienal de móveis (art. 618). No mundo de hoje, tem-se de proteger, em mais larga extensão, a boa-fé, porque a intensidade da vida, a circulação incessante, a deslocação das pessoas e das coisas não permitem que se conheçam. sempre, todos os dados de que se precisa para se saber exatamente qual a situação jurídica. A ciência jurídica e a técnica jurídica legislativa foram descobrindo casos em que seria proveitoso amparar o que confiou, dando-se *eficácia* a negócios jurídicos, que não na teriam, sem novas regras jurídicas sobre a boa-fé, ou tornando-se fatos jurídicos fatos que, antes, a despeito da boa-fé dos figurantes, não no seriam (= não entrariam no mundo jurídico): então, e só então e nessas espécies, *Bona fides tantumdem praestat quantum ventas* (L. 136, D., *de diversis regulis luris antiqui,* 50, 17).

A boa-fé é protegida à custa de alguém (e.g., verdadeiro titular); de modo que o direito pesa, aí, respeitáveis interesses.

10.

Segurança jurídica. Segurança jurídica, referindo-se à ordem jurídica no sentido subjetivo (não confundir com segurança jurídica no sentido de

ordem jurídica, isto é, no sentido objetivo, cf. nosso Rechtssicherheit und innerliche Ordnung, *Blàtter Júr vergleichende Rechtswissenschaft,* 17, 1 s.), é a segurança, que têm as pessoas, quanto à aquisição, modificação, eficácia e extinção dos direitos, principalmente no trato com as outras pessoas (sem se excluir que a segurança no trato se choque, de algum modo, com a segurança do direito de outros).

Donde a antinomia: é preciso que A seja seguro da propriedade que tem; *mas* também é preciso que C, que adquiriu de B a propriedade de A, registrada em nome de B, seja seguro da sua aquisição. Segurança do direito e segurança do tráfico de ceda maneira colidem (Victor Ehrenberg, Rechtssicherheít und Verkehrssichereit, *Jherings Jahrbúcher,* 47, 274 s.). A segu *rança do direito* consiste em que se não ponham em dúvida a sua existência e o seu conteúdo. A *segurança do tráfico,* em que a esperada modificação do estado presente das posições jurídicas de alguma pessoa não seja atingida por circunstâncias que ela ignora. **Daí,** ter-se de pensar em regras jurídicas que satisfazem a essa, à custa daquela.

Uma vez que a segurança do direito é principio geral e a proteção da boa-fé se veio impor, excepcionalmente, ao legislador, só se atende a ela onde há regra jurídica que a tutela. *Não se deve ir além das espécies previstas,* a titulo de interpretação das regras jurídicas especiais. A técnica jurídica legislativa é que cabe marcar os limites da brecha que a segurança do tráfico exige abrir-se à segurança dos direitos.

a) A boa-fé, se o alienante estava como proprietário, ou titular de direito real, no registro de imóveis, assegura a titularidade do adquirente (ads. 530, 531-535, 831-848, 858-860; Lei n0 6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts.

167 s.). O registro é o elemento externo, essencial, do suporte fático da regra jurídica sobre transmissão e do suporte fático da constituição de tais direitos. Há, a favor dele, a presunção de exprimir a verdade, cabendo aos interessados *pedir* a retificação ou anulação (quando não exprima a verdade, art. 860 do Código Civil, arts. 212, 213 e 216 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973). Se, não tendo havido esse pedido, ou não tendo sido registrado, alguém confiou no registro de imóveis, dá-se a aquisição pelo que estava de boa-fé, ou pela fé *pública* do registro. Se, adquirindo o imóvel, a favor dele estavam registrados direitos reais, adquire-os, ainda que os não conhecesse (A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* II, 136, nota 71); se contra ele estavam registrados direitos reais, é como tal que o adquire, ainda que acreditasse não

existirem, salvo se o seu titulo e o registro lhe permitem adquiri-lo livre contra os que são titulares daqueles direitos.

b) No direito brasileiro, não se permite a aquisição da propriedade móvel pela boa-fé do adquirente, salvo em se tratando de títulos ao podador, de títulos cambiários e de títulos a esses equiparados. Tampouco, a do direito de autor (C. Crome, *Svstem,* III, 18, nota 42).

c) Quanto aos direitos de crédito, a boa-fé não é protegida como modo de adquirir: o cessionário (art. 1.065) não adquire direitos, se o cedente não os tinha (= não existiam ou não pertenciam ao cedente). Se foi registrado o título anterior, ou se o foram esse e a cessão, a atribuição é só de eficácia do direito do cedente, quanto a terceiros, e da cessão; não se lhe confere, com o registro, mais do que isso. Falta a proteção da boa-fé, que, se fosse adotada, em técnica jurídica legislativa inovadora, iria sujeitar o suposto devedor, ou o devedor a A, a dívida a 3, que ele não contraíra. Não há, por isso, exceção a favor da segurança do tráfico, o que só se justificou para os títulos ao podador, os títulos cambiários e os demais equiparados a esses (arts. 1.505-1.509; Lei nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, arts. 39-41).
d) A boa-fé, por parte do devedor, é protegida quando, sem que ele saiba, se realizou transferência ou restrição do direito do credor (e.g., arts. 1.069, que, para maior proteção do devedor, só admite a prova escrita da ciência, e 1.071). O devedor não está protegido em sua boa-fé, se *erra* quanto à pessoa do credor, salvo se, tendo causado dano a coisa móvel, ou tendo vendido a coisa com vícios e acordando em restituir parte do preço, o faz a quem a apresenta. Nem está protegido se admite que o crédito foi cedido a 3 sem ser à vista da notificação do art. 1.069, ou de comunicação da cessão feita a 3 (erro quanto ao cessionário). Se o devedor paga a quem lhe foi indicado, pelo credor, como cessionário, não precisa alegar boa-fé: os arts. 1.071 e 1.070 assentam na proteção do conhecimento, e na proteção da comunicação de conhecimento, portanto são inspirados por princípio que não é, tão-só, o da boa-fé, — o *principio do dever de comunicação e adstrição do destinatário.*

e) A boa-fé também se protege quando alguém trata com os procuradores (art. 1.318, 1ª parte: "A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros, que, ignorando-a, de boa-fé como ele trataram"). Os terceiros não têm *dever de conhecimento.*

fi Quem contrata com o absolutamente incapaz (art. 145, 1), ou celebra negócio jurídico eivado de ilicitude (art.

145, II), acarreta com as Consequências da nulidade. Se o que contratou com o menor entre dezesseis e vinte e um anos (art. 155) invoca a boa-fé, nem por isso fica obrigado o menor: a má-fé, por parte do menor, é que exclui a anulabilidade (art. 155).

g) A boa-fé faz putativo o casamento a favor do cônjuge de boa-fé; ou de ambos, se estavam de boa-fé (art.

221).

h) O que pratica ato jurídico *stricto sensu* ou contrata ou celebra negócio jurídico unilateral como representante (e.g., art. 1.305), sem no ser, e não obtém ratificação, responde pela execução ou pelas perdas e danos; porém o fundamento não é a boa-fé por parte do lesado. O que contrata, sabendo que é impossível a prestação, nulamente contrata, mas é obrigado a satisfazer perdas e danos, nos limites do que seria obrigado se deixasse de executar prestação possível (analogia do art. 158).

i) A boa-fé é um dos elementos essenciais à usucapião dos bens imóveis e dos móveis, se decorreram, respectivamente, dez (art. 551), ou três anos (art. 618). Sem esse elemento do suporte fático, precisar-se-ia de mais tempo (ads. 550 e 619). O possuidor de boa-fé tem direito; enquanto ela durar (art. 510), aos frutos percebidos (= adquire-os), salvo se os colheu antecipadamente (art. 511, in *fine);* à indenização das benfeitorias necessárias e úteis e ao levantamento das voluptuárias, se lhe não forem pagas (art. 516). Não responde pela perda ou deterioração a que não deu causa (art. 514). Tais regras jurídicas incidem em caso de enriquecimento injustifícado (art. 966).

11. *Falta de boa-fé.* Para que não exista boa-fé, basta, às vezes, que se conheça a verdadeira situação. Todos têm de conhecer o registro de imóveis, mas, se a situação verdadeira, a que ele não corresponde, é conhecida pela pessoa, que adquire do não-dono, não pode ela invocar o registro. O registro de imóveis tem fé *pública;* mas o que conhece o erro do registro não confiou nele, pois não se tem fé quando se conhece o contrário. Não confia no registro quem sabe o que nele há de inexato ao adquirir o direito. Se nada sabe contra ele, não precisa

entrar noutras indagações:

tem ele fé pública. Também o devedor que não foi notificado, nem se deu por ciente, não precisa averiguar se houve cessão; nem, se a conhece, sem ter sido notificado, ou dado por ciente, está inibido de pagar ao cedente, ou autorizado a negar-se ao pagamento.

Outras vezes, não é preciso que se conheça a situação verdadeira, para que se exclua a boa-fé: basta a negligência grave *(e.g.,* ads. 551 e 681).

Ainda há espécies em que a boa-fé é excluída ainda por negligência leve. Então, há *dever de conhecer (e.g.,* se o terceiro, que contratou com aquele a que já se havia revogado a procuração, tinha de conhecer da revogação, por ter sido quem a ditou, ou por ter escrito carta do mandante em que o dizia).

12.

De como opera a boa-fé. A boa-fé opera *ex lege.* Nem ao ~gente é dado exclui-la, nem evitá-la. Produz-se ela no mundo fático. Produzida, os seus efeitos são os do suporte fático em que ~e coloca. O que adquiriu em virtude do registro, estando, então, ae boa-fé, é proprietário, ainda que não no queira. Por isso mesmo, não pode preferir a ação de evicção (art. 1.107), nem a indenização com a decretação da nulidade, anulação ou rescisão do negócio jurídico causal. Nem é preciso que, na ação de usucapião, se invoque a boa-fé, para que o juiz a declare, se dos autos consta que se consumou com a boa-fé. O devedor que de boa-fé (sem notificação e sem pôr o ciente) pagou ao cedente não pode repetir, para pagar de novo; a boa-fé opera *ex lege* e ele pagou bem (sem razão, F.

Regelsberger, Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, *Jherings Jahrbúcher,* 47, 367, que apontou a *liberatio debitoris,* em vez da *solutio).* Essa aplicação de princípios foi atacada por aqueles que vêem no art.

1.071 (Código Civil alemão, § 407) simples regra jurídica de proteção ao devedor, de modo que não é obrigado a pagar ao cedente antes de ter conhecimento da cessão: entendem que o devedor, que ignorava a cessão, pode repetir o que pagou ao cedente, se teria exceções contra o cessionário, e pagar a esse (i. Kohler, *Lehrbuch,* II, 169; H. Dernburg, *Das Búirgerliche Recht,* II, 388, nota 3; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* II, 3IA-35º ed., 276: Goldmann-Lilienthal, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 443, nota 2; contra, G. Planck, *Nommentar,* II, 4º ed., 579; P.

Oedmann, *Das Recht* dei *Schuldverhàltnisse,* 3º-4º ed., 323; E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 8º-9º ed., 878; F.

Schollmeyen *Recht der Schuldverhàltnisse.*

379; Salomon, Zur Auslegung des § 407 BGB., *Juristische Wochenschrift,* 43, 728). A questão foi mal posta: o devedor libera-se, pagando ao cedente, se desconhece a cessão do crédito; está liberado. A ação do cessionário é contra o cedente; para o devedor não começara a eficácia. Se a eficácia não começou para ele, ~por que se lhe há de dar a ação de enriquecimento injustificado? Haveria certo absurdo em autorizar-se a pagar, e permitir-se repetição. O argumento de que não se deu a solu *tio* é insuficiente. O outro, de que se não pode repetir e pagar ao cessionário, tendo-se exceções contra esse, cai diante da própria construção jurídica do art. 1.069: as exceções contra o cessionário somente podem existir quando comece a eficácia da cessão, pois a exceção *encobre* alguma eficácia. Se ainda não há eficácia, jcomo pensar-se em exceção?

Também a boa-fé, de que deriva a putatividade do casamento, é independente da vontade do cônjuge que estava de boa-fé, ou de ambos, se ambos estavam de boa-fé. Em Consequência disso, podem pedir a declaração de ser putativo o casamento os órgãos do Ministério Público, ou os representantes dos filhos menores, ou os filhos mesmos.

13. *Terceiros e eficácia da posição em virtude de boa-fé.* A posição jurídica adquirida pela boa-fé beneficia aos sucessores e credores do adquirente; quanto à posse, há os ads. 495 e 496. Quanto a imóveis, o terceiro é protegido.

§ 45. Erro e direito

1. *Erro.* Erro é a opinião não correspondente à verdade. Se sobre qual a regra jurídica que havia de incidir, chama-se erro de direito, *error iuris.* Se sobre fatos, chama-se *error facti.* Se o direito deve atender à consideração de que os homens erram, freqüentemente , e cogitar de

regras jurídicas que levem em conta o erro, assim de direito como de fato, ou se só se há de preocupar com o erro de fato, é problema de técnica jurídica legislativa. O erro de direito dá ensejo, muitas vezes, a recurso, principalmente aos recursos extraordinário e especial, ou ações rescisórias de julgado; o erro de fato é matéria assaz encontrável em direito privado. A transa-

ção anula-se por erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa (art. 1.030). São anuláveis os negócios jurídicos, se as manifestações de vontade emanaram de erro essencial (art. 86). Quando a negligência é elemento de algum suporte fático, não na há, se ocorreu erro de fato. As vezes, o erro de fato opera como excludente da eficácia, ou o conhecimento pré-exclui a exclusão que o erro determinar½x (cf. ads. 965 e 970).

Pode o erro derivar de negligência, como se A, que devia examinar os papéis da pasta do assunto, não no fez, ou se esqueceu de pormenor da escritura a ser lavrada. Nem sempre é o mesmo o trato que a esse erro dá, concretamente, a técnica jurídica legislativa.

2. ***Erro*** *de direito.* Erro de direito é o que consiste em não se ter da regra jurídica o conhecimento exato do que ela diz, ou em não se saber que existe, ou em se lhe afirmar a existência, se não existe. Conhece a regra jurídica quem sabe qual o seu enunciado, inclusive qual o suporte fático sobre o qual há de incidir. Se, a respeito, se erra, erra-se *in jure.* Todavia, se os fatos jurídicos, que se examinam, não são claros, porque não se conhecem todos os pormenores, ou porque há confusão de dados, e crê-se, errada-mente, que os regera a regra jurídica A, em vez da regra jurídica B, há *error facti.* De modo que na subsumpção dos fatos na regra jurídica pode-se errar de direito e errar de fato (J. Unger, *System,*

Se o devedor notificado segundo o art. 1.069 (cessão de crédito) paga ao antigo credor, porque é a sua (errada) opinião jurídica *(error iuris),* é a seu próprio risco que o faz: não lhe cabe examinar a espécie, se sabe a quem devia (H. Lehmann, *Lehrbuch,* II, 3V-35º ed., 276, nota 4, contra L. Enneccerus, nas edições anteriores; também sem razão, P. Oedmann, nota sobre jurisprudência, *iuristische Wochenschrift,* 50, 1.457). Discute-se se o erro de direito basta para a repetição do pagamento injustificado:

a) o direito comum, de regra, negava-o, porque só admitia a *condictio indebiti,* se escusável o erro e o erro de direito raramente o era (B. Windscheid, *Lehrbuch,* II, 9º ed., 897 s., nota 14); *b)* o exemplo do direito alemão e do suíço não nos serve, porque o art. 3Q da Lei de Introdução (Decreto-Lei n0 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 3º: "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece. ") apenas pôs em linguagem menos elegante o art. 50, 1ª parte, da Introdução ao Código Civil, com o qual se formara a teoria do erro, para todo o Código Civil.

O Nerno ius *ignorare censetur* presidiu à concepção do Código Civil. O erro na subsumpção do fato na regra jurídica (= na determinação do suporte fático da regra jurídica) pode ser no ver o fato ou no *dizer* qual o suporte fático. Só esse é erro de direito, como o é o erro quanto ao resto do que se diz na lei: é a regra jurídica mesma que diz qual o seu suporte fático. Não se pode enunciar, portanto, que, no direito brasileiro, os mesmos princípios rejam o erro de fato e o erro de direito. Exclui-se a proteção dos que erram quanto ao direito: conhecê-lo é dever; e os homens devem, para os seus atos, conhecer a lei, sem o que seria inoperante criarem-se sanções.

3.

Erro positivo e erro negativo. Diz-se erro *positivo* o que consiste em se ter por existente o que, em verdade, não existe: tal o erro do que crê na exatidão do registro de imóveis, ou na existência de procuração que já foi revogada. Diz-se *negativo,* quando se desconhece o que, em verdade, existe: tal o erro do devedor, a que se não comunicou a cessão do crédito. Como todos os homens se devem, até prova em contrário, considerar honestos, verazes *(Quisquis praesumitur bonus;* C. G. von Wâchter, *Die* bona fides, 45), a técnica juridica legislativa não alude ao erro para falar de tais enganos: o erro teria de ser provado por aquele que alegasse; alude à boa-fé, para que o ônus da prova fique ao que a negue. Ao autor, ou ao que reconvém, cabe provar a má-fé, se o réu alega a boa-fé, ou se a alega o reconvindo. Na própria ação de usucapião (mis. 551 e 618), justifica-se a posse, apresenta-se o titulo e alega-se a boa-fé; os que vierem contestar a ação declarativa (aquele em cujo nome está registrado o imóvel e os que foram chamados por edital), se alegam má-fé, têm de prová-la (cl. H. Dernburg, *Pandekten* 1 8º

ed., 375, nota 27).

§ 46. Determinação e indeterminação do elemento subjetivo

1.

Princípio da determinação do sujeito. Aqui, pondo-nos no mundo fático, só temos de ver o ser humano, ou o grupo de seres humanos, que entram no suporte fático como elemento subjetivo.

No mundo jurídico, não só se há de cogitar dessa situação deles no suporte fático como do papel que lhes cabe nas relações jurídicas. Em princípio, o elemento subjetivo do suporte tático tem de ser determinado: é o *princípio da determinação do* sujeito. A indeterminação pode ocorrer quanto a relações jurídicas futuras, portanto quanto a quem entrará no suporte fático, e quanto a relações jurídicas presentes, portanto quanto a "quem é que esteve" no suporte fático e "está" na relação jurídica. As questões relativas à segunda espécie são mais delicadas. Se a indeterminação concerne ao futuro, ou faltam dois ou mais elementos do suporte fático *e* um deles é o sujeito, ou somente falta esse. A falta pode ser apenas subjetiva: não se sabe quem vai ser; ou objetiva e subjetiva, — ainda no mundo fático não se determinou o sujeito. A oferta de contrato a pessoa incerta ou é oferta vinculativa ou é convite a oferecer *(invitatio ad offerendun4.* Num e noutro caso, dirige-se ao público, dentro do qual está, ou pode estar, quem faça a oferta, atendendo ao convite, ou aceite a oferta. Entende-se, de regra, que só se trata de convite a ofertar, ou seja feita em circular, ou em anúncio, ou em prospectos, livros de reclame, folhetos, afixos, radiocomunicações, ou por outros meios. Basta, para isso, que, no momento da oferta, seja indeterminável a pessoa (F. Regelsberger, *Pandekten,* 548; i. Biermann, *Aligemeiner Teil,* 149, nota 6). Porém o princípio sofre exceções; e.g., se se trata de *aparelhos automáticos* (J. Biermann, *Búrgerliches Recht,* 1,149, nota 7; discordâncias em E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 8ª e 9ª ed, 330), naturalmente enquanto o aparelho funciona e o anúncio não está cancelado (6. Planc, *Kommentar,* 1, 4º ed., 387). Além disso, a vinculação pode ser estabelecida em declaração de vontade, como se o oferente a incerta pessoa acrescenta que qualquer interessado pode depositar, até *o* dia tal, na conta do anunciante, no banco A, a quantia correspondente, quer o banco A tenha instruções para só aceitar um depósito ou para só aceitar até certa quantia, quer não tenha instruções a respeito.

No caso do herdeiro, que renuncia à herança, tem-se como se nunca

tivesse sido herdeiro; o que vem em segundo lugar. ou no seguinte ao do último renunciante, é considerado como tendo sido herdeiro desde a abertura da sucessão. Os atos de renunciante são apenas de gestão de negócios sem mandato. Toda noção de herdeiro provisional ou provisório é estranha à sistemática do Código Civil (sem razão, 1(. Hellwig, *Grenzen der Rúckwirkung,* 1, 75; A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil* 1, 75). Não se precisa de pensar em sucessão condicional, nem em outra coisa que em alternatividade (A, ou, se não-A, B, ou, se não-A e não-B, C).

A titularidade pode ser desconhecida (= só subjetivamente incerta), *e* não alternativa, nem objetivamente incerta.

E exemplo disso a incerteza derivada da litigiosidade, ou da procura edital ou policial do titular (arts. 603-606).

A promessa de recompensa teve de ser regulada à parte, por ser declaração unilateral de vontade e produzir negócio *jurídico unilateral.* Bem assim, a emissão de títulos ao podador, de debêntures etc.

Nas espécies de alternação subjetiva, a determinação pode ser segundo fato futuro, ou escolha por alguém. Quem é o sujeito do direito depende da interpretação do negócio jurídico. Se A promete vender a B a casa, para que a transmissão seja a B ou conforme A resolveu, o sujeito do direito é A; se C adquiriu direito próprio, só a particularidade da estipulação a favor de terceiro pode conter resposta (cf. R. Stammler, *Unbestimmtheit des Rechtssubjekts,* 7; E. Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschàft,* 506).

2. *Interesses* comuns *e* pessoas. Grupo de pessoas, não organizado de modo a compor pessoa jurídica, pode ter interesses. O sistema jurídico seria falho se não visse esse fato da vida social e, pelo menos em espécies mais relevantes, não tutelasse esses interesses (e.g., art. 1.669, *verbis* “em favor dos pobres”, “estabelecimentos de caridade”, “de assistência pública”). A atribuição de direitos ora é a todos os referidos, ora a alguns dentre eles; de modo que, algumas vezes, há apenas elipse (“estabelecimentos de caridade”, em vez de “os estabelecimentos de caridade da vila tal”) ou outra indeterminação transitória (disposição testamentária a favor de pessoa incerta cuja identidade fique por se averiguar, art. 1.667, II; legado alternativo). Não se pode dizer, em todos os casos de indeterminação do sujeito,

que exista direito *expectatívo* do que poderia ser chamado a se inserir na relação jurídica (sem razão, A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* 1, 73): esse direito expectativo só existe a favor daquele que já seria identificável, ou quando apenas falta acontecimento que complete, para um ou mais dos referidos, o suporte fático.

3.

Sucessão *condicionada e sucessão a termo.* Da indeterminação do sujeito distingue-se a sucessão condicionada, ou a sucessão a termo, em que alguém perde ou continua com o direito, se algo acontece, ou se se atinge a cedo momento. Quando o cônjuge compra algum imóvel com dinheiro comum, sob regime da comunhão de bens, os direitos já são comuns e não se há de pensar em *pendência,* durante o tempo em que se não procede ao registro, ou tradição, nem, tampouco, em que o possuidor da herança, ou o inventariante seja o titular dos direitos. Se a aquisição não foi com dinheiro que se saiba ser do casal, ou da herança, é questão de fato; se foi com recursos alheios, havidos, por exemplo, por empréstimo, também o é. Se não foi do patrimônio o dinheiro, ou outro meio, ou não foi proveniente de operação em nome do patrimônio, ainda que com o próprio administrador, a inserção real no patrimônio é que estabelece a sub-rogação real com recursos alheios. Não se pode, a *priori,* pensar em sub-rogação somente depois que se opera a transmissão da propriedade imobiliária ou mobiliária (e.g., o negócio jurídico pode ter sido troca e estar em lugar da coisa prestada o crédito à outra coisa).

Nem toda operação com recursos que não são, evidentemente, do patrimônio, são operações in *dubio:* não há dúvida em ser do patrimônio comum, e não do cônjuge comprador, ou do inventariante, o que foi adquirido com dinheiro emprestado. Se a aquisição *se dá* pelo patrimônio comum, sem ter havido outro negócio jurídico entre o cônjuge ou o inventariante como tal e ele mesmo, como titular de patrimônio singular, é porque a sub-rogação se *deu* nos direitos oriundos do contrato consensual (cf. E. Windmúller, *Die* Bedeutung *und Anwendungsfdlle* des

.*Satzes* pretium succedít in locum rei, res in locum pretii, 61 s.; Alfred Waller, *Surrogation,* 27). Se o administrador concluiu o negócio juridico em nome próprio, e diferente a questão, e aquele segundo negócio jurídico é inelidível para se chegar à sub-rogação como elemento do patrimônio comum; salvo se foi em nome práprio, com recursos do patrimônio comum, — o que perfaz a figura penal da

apropriação indébita e dá ao patrimônio comum as pretensões e ações próprias. *Se* não houve esse negócio jurídico intercalar, há retroação da sub-rogação, desde que se esclareceu o que se passara. Aí, não se precisa da figura da pendência, que A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teil,* 1, 74) generalizou demasiado, porém, se houve o negócio jurídico intercalar, houve a sucessão condicionada, ou a sucessão pura, conforme o caso, falhando a eficácia retroativa da sub-rogação real, que K HelIwig *(Grenzen der Rúckufirkung,* 10), viu, sem razão, em todos os casos.

4.Há direitos sem sujeito? Direito sem sujeito é *contradictio ín* adiecto. O direito é efeito de relação jurídica; e ele mesmo supõe, no plano da eficácia, relação jurídica. Não pode o direito ser sem sujeito (ativo), nem o dever sem sujeito (passivo); nem, respectiva-mente, a pretensão e a obrigação, a ação (autor e réu), ou a exceção (excipiente e excepto). Já vimos que o direito evita essa contradição, ainda a respeito de nascituro. A velha concepção da herança *antes* da posse pelo herdeiro não era diferente, a desperta-lo das teorias. Tampouco, se alguém derrelingue titulo ao portador, há direito (de crédito) sem sujeito; conforme resulta da teoria científica, o crédito nasce com a apresentação, que supõe, aí, a aquisição originária do título pelo que veio a ser o novo proprietário. Os direitos que têm por titular o proprietário do imóvel e são tidas como partes integrantes dele perdem sujeito, portanto desaparecem, se o imóvel foi objeto de renúncia (= houve renúncia do direito de propriedade; art. 589, III, e § lº), ou se foi abandonado *(art.* 589, III, e § 2ª). Feita a arrecadação, — dez anos depois, a unidade política adquire aqueles direitos como constavam da arrecadação, pois que os resguardou a arrecadação. No meio tempo, a administração dos bens arrecadados exerce, não esses direitos, mas os seus poderes delimitados peja arrecadação. A unidade política *é* titular de *direito expectativo,* que se exerce pela arrecadação.

PARTE GERAL DO DIREITO PRIVADO

1. Plano da Existência

Parte I

Pessoas e Domicílio

Capítulo 1

Pessoas em Geral

§ 47. Sujeito de direito e pessoa.

1. *Conceito de personalidade.* Rigorosamente, só se devia tratar das pessoas, depois de se tratar dos sujeitos de direito; porque ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito. Não importa se esse direito está subjetivado, se é munido de pretensão e ação, ou de exceção. Mas importa que haja "direito". Se alguém não está em relação de direito não é sujeito de direito: é pessoa; isto é, o que *pode* ser sujeito de direito, além daqueles direitos que o ser pessoa produz. O ser pessoa é fato jurídico: com o nascimento, o ser humano entra no mundo jurídico, como elemento de suporte fático em que o nascer é o núcleo. Esse fato juridico tem a sua irradiação de eficácia. A civilização contemporânea assegurou aos que nela nasceram o serem pessoas e ter o fato jurídico do nascimento efeitos da mais alta significação.

Outros direitos, porém, surgem de outros fatos jurídicos em cujos suportes fáticos a pessoa se introduziu e em tais direitos ela se faz sujeito de direito. A personalidade é a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras juridicas, se tornem fatos jurídicos; portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito. A personalidade, como possibilidade, fica diante dos bens da vida, contemplando-os e querendo-os, ou afastando-os de si; o ser sujeito de direito é *entrar* no suporte fático e *viver* nas relações jurídicas, como um dos termos delas. Para se ser pessoa, não é preciso que seja possível ter *quaisquer* direitos; basta que possa ter *uni* direito. Quem pode ter um direito é pessoa. O conceito de pessoa surgiu no sistema lógico acima do sistema jurídico, que contemplava a esse: de lá se viu que A *podia* ser sujeito de direito; e viu-se isso, porque, no sistema jurídico, de algum fato jurídico emanou efeito, direito ou pretensão, ou direito e pretensão, ou direito, pretensão e ação, em que A apareceu como sujeito de direito, isto é, termo ativo de relação jurídica. Poder-se-ia conceber o sujeito de deveres, nem ser sujeito de direito, e esse sujeito seria pessoa. Posteriormente, os sistemas juridicos importaram os enunciados do sistema que os contemplava, para os fazer enunciados seus; e esses enunciados, por serem acima dos seus enunciados sobre efeitos, passaram a ser tratados na Parte Geral. Primeiro havia de se cogitar do *possível,* para se poder descer ao concretamente realizado, ao *acontecido.*

2. Precisão *de termos.* Quando se diz que ser pessoa é ser sujeito de direito já se supõe que a pessoa tenha direitos (logicamente, pode não ter nenhum; historicamente, houve pessoas antes de ter direitos), ou, pelo menos, que haja direitos que nascem com a pessoa (direitos inatos), *o que* nos nossos *dias ocorre porém nem sempre* ocorreu.

Ganha em precisão a ciência do direito em só empregar os termos em sentido que possa ser o de todo o sistema jurídico, em seus diferentes setores. Não se pode perguntar: "~Qual a pessoa do direito tal?". Nem se há dizer "A é sujeito", e sim "A é pessoa"; porque, se assim não fosse, se poderia inquirir: „Qual o sujeito que pode ser sujeito do direito tal?" Basta que A possa ser sujeito de um direito, para que A seja pessoa. Personalidade é o mesmo que (ter) capacidade de direito, poder ser sujeito de direito. (Incidentemente, advirtamos em que o étimo, que, desde Aulo-Gêlio, se atribuiu a persona, *per-sonare,* que o próprio Corssen, *Uber Aussprache,* 1, 2ª cd., 482

s., e II, 2ª ed. 64 e 294, adotou, é falso: não se trata de voz que sai da boca da máscara, ou através da máscara, —

mas simplesmente, do verbo latino *perso, personare,* vindo do etrusco wersu, cf. A. Walde, *Lateinisches Etymoloqisches Wdrterhuch,* 2ª ed., 578, conforme Skutsch, *Wdlfflins Archiv,* 15, 145 5.; cp. A. Zimmermann, Ftymologisches *Wôrterbuch,* 199: máscara de teatro, gente com máscara.)

§ 48. Pessoa e capacidade

1.

Ser pessoa. Pessoa é o titular do direito, o sujeito de direito. Personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções e também de ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções.

Capacidade de direito e personalidade são o mesmo. Diferente é a capacidade de ação, de ato, que se refere a negócios jurídicos (capacidade negocial) ou a negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto* sensu; ou a atos ilícitos (capacidade delitual). Todas as regras jurídicas sobre capacidade de direito, de ato ou de negócio são cogentes.

Ninguém pode manifestar vontade, ou criar cláusulas interpretáveis a respeito de todas essas matérias.

Personalidade é proposição: “ser capaz de direito”, função (truth-function), = “ser sujeito de direito é possível”.

Se a pessoa tem direitos inatos, em vez de Mp (p é possível), tem-se NMNp, isto é, p é necessário (= não é possível *não-p);* se não há direitos inatos, Mp é de interpretar-se como a relativa probabilidade do cálculo de probabilidades «.1. Lukasiewicz, *Elernenty,* 115 s.; O logice trójwartosciowej, *Ruck filozoJiczny,* V, 169-170; e A. Tarski, Untersuchungen úber den Aussagenkalkúl, *Coniptes rendus,* 1930, 38 5.; 1 Lukasiewicz, Philosophische Bemerkungen zu mehrwertigen Systemen des Aussagenkalkúls, ibd., 54). Em vez do vazio, personalidade tem, se há direitos inatos, o valor 1. Tudo isso bem mostra que se está por cima do sistema jurídico, em cálculo proposicional, em sistema plurivalente de proposições. Se um só ou poucos são os direitos inatos, a possibilidade é quanto aos restantes (cf. J. B. Rosser e A. R. Turquette, Axiom-schemes for no-valued propositional calculi, *Journal of Symbolic Logic, X,* 61-82; Axiom schemes for no-valued functional calculi of first order, 13, 177-192).

2.

Pessoas físicos. Pessoa fisica ou natural é o ser humano. A pessoa a que não corresponde tão-só ser humano diz-se pessoa jurídica. A expressão „jurídica” está, aí, empregada em sentido estrito, porquanto pessoas físicas e pessoas jurídicas são igualmente jurídicas. Enquanto houve seres humanos que não tinham capacidade de direito, nem todo ser humano era pessoa. Então, artificial era o trato mesmo do ser humano, uma vez que se impunha distinção incompatível com os princípios mesmos que presidiram à formação do *honio.* O homem procede da assembléia primitiva, em vez de a ter feito. A assembléia, em que todos eram iguais, criou o homem; não foi o homem que criou a assembléia. O primeiro passo foi o diálogo; depois, veio a reflexão, interiorização do diálogo. Aparecido o homem, toda tentativa de submissão e de discriminação, como a que acontecia quando nem todo ser humano era pessoa, constitui volta para aquém da assembléia.

3.

Pessoas jurídicas. Não só o ente humano tem personalidade. Portanto

não só ele é pessoa. Outras entidades podem ser sujeitos de direito; portanto ser pessoa, ter personalidade. A tais entidades, para se não confundirem com as pessoas-homens, dá-se o nome de pessoas juridicas, ou morais, ou fictícias, ou fingidas. Em verdade, de modo nenhum se fingem: a personalidade juridica éatribuida pelo direito; é o sistema jurídico que determina quais são os entes que se têm por pessoas. Nem sempre todos os homens foram pessoas, no sentido jurídico: os escravos não eram pessoas; e sistemas jurídicos houve que não reputavam pessoas as mulheres. Foi a evolução social que impôs o princípio da personalidade de todos os entes humanos. Por outro lado, para que haja pessoa jurídica, no sentido de pessoa que não é ente humano (pessoa natural, pessoa física), é sempre preciso que haja elemento humano, que sirva de *dado* fático, como teremos de ver oportunamente.

(B. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9º ed., 128, entendia que a expressão "pessoa ficticia", ou "pessoa fingida", seria melhor que pessoa jurídica, porque a outra também é juridica. Mas pessoa jurídica está, aí, em senso estrito.

Nenhuma das expressões usadas é boa: natural, física; juridica, fingida, moral, mística. O melhor caminho é o de se chamar física a que é correspondente a homem, e jurídica — subentendido *siricto sensu* — as outras.) **Capítulo II**

Pessoas Físicas

§ 49. Capacidade de direito, capacidade de obrar e suas espécies

1. Os *conceitos.* A *capacidade de direito* é capacidade de ter direitos, a possibilidade de ser titular de direitos.

Capacidade de obrar é: *a)* capacidade de praticar ato-fato jurídico; *b)* a de praticar atos jurídicos *stricto sensu; c)* a de manifestar vontade que entre no mundo jurídico como negócio jurídico (capacidade negocial); *d)* a de praticar atos ilícitos em geral, isto é, a de praticar atos ilícitos relativos e a de praticar atos ilícitos absolutos (capacidade delitual). A capacidade de fato jurídico *stricto sensu* (nascer, atingir a x anos, comer) não é capacidade de obrar; é a capacidade mesma de direito

ou de exercício. A capacidade de praticar ato-fato jurídico é uma das espécies da capacidade de obrar: não se exige ao agente mais do que o poder, de fato, praticar o ato, de modo que esse ato entre no mundo jurídico como ato-fato, irradiando-se, pois, os efeitos. Por isso a tem o louco que descobre o tesouro (art. 607), ou compõe a canção, ou a música (Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, ads. 21 sã, ou cria a espécie nova (mis. 611-614). Nem toda pessoa é capaz de atos ilícitos absolutos, ou de atos ilícitos relativos; porém toda pessoa é capaz de ato-fato jurídico de que resulte obrigação de indenizar (e.g., arts.

1.519 e 1.520).

A capacidade de direito todos os homens a têm: "Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil" (art. 2ª). É o *principio da capacidade total de direito,* no plano do direito privado. Não há, no direito brasileiro, derrogação ao principio do art. 2ª. Nem há incapacidade de direito, por motivo de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política, salvo se a pessoa as invocar para eximir-se de obrigação a todos imposta e recusar-se a prestação alternativa, fixada em lei (Constituição de 1988, art. 59, nº VIII); nem se admite a morte civil, fundada em regras de direito romano ou canônico. Não é essencial à capacidade de direito que a pessoa possa adquirir e conservar quaisquer direitos; todavia, diante de principios constitucionais, como o de isonomia ou igualdade perante a lei (Constituição de 1988, art. 59, *caput),* é preciso que a regra jurídica que abre exceção ao princípio de *capacidade total de direito* conste da Constituição, ou seja, pelo menos, compatível com ela.

Assim, a Constituição mesma prevê que a propriedade de empresas jornalísticas e de radiodifusão é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos e veda a participação de pessoa jurídica em seu capital social, exceto a de partido político e sociedades cujo capital seja exclusiva e nominalmente de brasileiros, sem direito a voto e limitada a trinta por cento do capital social (art. 222, §§ 1º e 2ª). Somente a brasileiros e a empresas constituidas sob as leis brasileiras, que tenham sede e administração no País, são permitidas autorizações e concessões de pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica (art. 176, § 1º). Cf. art. 178, parágrafo único (sobre navegação de cabotagem).

Os juristas soem dizer que a capacidade de direito e a de obrar não são *direitos subjetivos.* Primeiro, essa afirmativa parte de visão puramente privatística dos direitos subjetivos: são daltônicos para a eficácia da incidência de regras juridicas como as do art. 50, nº 1 e II,

da Constituição de 1988, comum a todo o mundo democrático-liberal, e a do art. 2ª do Código Civil. Segundo, tomam como inexistentes direitos subjetivos, pretensões e ações somente porque são notórios e ninguém, hoje, sem escândalo, negaria ao homem o ser capaz de direito e de obrar. Quanto a essa última capacidade, regra jurídica como a do art. 1.186, § 1º, do Código de Processo Civil diz bem qual a concepção contemporânea.

2. *Capacidade de obrar.* Nem sempre estiveram de acordo os juristas em dizerem o que compreendia a capacidade de obrar *(Handlungsfdhigkeit):* se *a), b), c)* e *d);* ou só *b), c)* e *d);* ou só *c)* e *d).* Nem seria de esperar-se unanimidade de conceituação, diante da falta de classificação científica, rigorosa, dos fatos jurídicos, especialmente dos atos jurídicos (= fatos jurídicos — fatos jurídicos *stricto sensu).* No direito comum, pensava-se em termos de capacidade de obrar *b), c)* e *d),* ou somente *c)* e *d),* mas havia caso de capacidade de obrar *a).* O

estado presente da ciência obriga a pensar-se em todas as quatro espécies.

A capacidade *b)* e a capacidade c) não se hão de confundir. O menor de vinte e um anos e maior de dezesseis pode interpelar. pode opor-se a que o locador entre no terreno alugado e dele retire ferramentas que se incluem na locação, pode comunicar que não ratifica o contrato feito pelo gestor de negócios, devolver ao devedor o penhor, comunicar que revogou procuração, reconhecer dívida (art. 172, V; outra coisa é concluir negócio jurídico de reconhecimento ou declarativo).

3. *Concepção repelida.* A propósito de capacidade de obrar e capacidade de direito, é preciso repelir-se a concepção de E. Hólder *(Na tíirliche und juristische Personen,* 117 s.), para quem o incapaz de obrar seria incapaz de direito, sujeito nominal do direito; o credor seria o representante, e não o representado. Nem caberia admitir-se que o representante do incapaz de obrar adquira para esse. Quem adquire, para si, por intermédio do representante, legal ou não, é o próprio incapaz.

4. Capazes de direito. Capazes de direito são os homens, porque, hoje, se lhes reconhece direito supraestatal a isso, repelido o § 49 do Código Civil russo que entrara em vigor em 1º de janeiro de 1923, com a redação anterior aos *Fundamentos da Legislação Civil,* de dezembro de 1962, art. 8ª, em que a capacidade jurídica era *concedida* ("para o desenvolvimento das forças produtivas da terra, a República soviética *concede* a capacidade de direito civil"), e as *pessoas jurídicas,* que são pessoas cujo suporte fático não é o homem em sua individualidade. O suporte fático de pessoa natural é biológico (natural); cada homem, cada suporte fático para a incidência do art. 2ª. O conceito de pessoa natural também é jurídico, porque o homem, para ser pessoa, tem de entrar no mundo jurídico, e a sua personalidade é tão jurídica quanto a das chamadas pessoas jurídicas. Apenas, aquelas não têm como suporte fático, *necessário* e *suficiente,* "cada homem". No suporte fático da pessoa jurídica não há, nunca, um "homem só".

A regra jurídica do art. 2ª existiria, ainda se não estivesse escrita. O princípio de que resulta é de tal transcendência que não se aplicaria, no Brasil como nos demais países de igual nível de civilização, regra jurídica que fosse exceção a ela; tal regra jurídica estrangeira não teria eficácia no Brasil. Portanto, as próprias regras jurídicas de prestação de serviços, ou de subordinação, que implicassem em violação da regra jurídica de capacidade de direito para qualquer homem, inclusive quanto à profissão religiosa ou às convicções filosóficas.

A capacidade de direito é a mesma para todos os homens. Todos são iguais perante a lei (princípio de igualdade formal; Constituição de 1988, art. 50 *caput).* Por motivo de convicção religiosa, filosófica, ninguém pode ser diminuído em sua capacidade de direito. Quanto à capacidade de direito político, ninguém a perde, salvo se e.g.

se recusa a cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, segundo o que a Constituição de 1988

estatui no art. 52, n0 VIII (art. 15nº IV).

§ 50. Sujeito de direito

1. *Termo da relação jurídica.* Sujeito de direito é o ente que figura ativamente na relação jurídica fundamental ou nas relações jurídicas

que são efeitos ulteriores. Poder-se-ia dizer sujeito do direito, sujeito da pretensão, sujeito da ação, sujeito da exceção. Em vez disso, emprega-se, em geral, a expressão "sujeito de direito", sendo raras as demais, posto que adequadas, e preferem-se outras — titular do direito, titular da pretensão, titular da ação, titular da exceção — para se caracterizar cada *degrau* de efeito dos fatos juridicos de que se nomeia o sujeito. O ser sujeito é a *titularidade.* Não se confunde ela com o exercício do direito, da pretensão, da ação ou da exceção, que pode tocar a outrem, por *lei* ou por *ato jurídico* do próprio titular. As vezes, o sistema jurídico estabelece outro direito e outro exercício (= por outra pessoa) quando o titular não pode exercer os direitos e o que teria de os exercer por ele não o pode por algum tempo (e.g., a tutoria durante a suspensão do pátrio poder, art. 394).

2.

Conceito de pessoa. Sujeito de direito é a *pessoa.* Pessoa é apenas o conceito, o universal, com que se alude à possibilidade, no sistema juridico, de ser sujeito. Pessoa é quem pode ser sujeito de direito: quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito. O étimo, etrusco (e não *personare,* como se pretendeu de AuloGélio a Corssen, *Uber Aussprache,* 1, 2ª ed., 482 s., II, 20 ed., 64, 294, nem prósopon, grego, como queria Keller, *Lateinisches Volksetymologie,* 126), mostra que o ser mesmo veio do mundo fático ao mundo jurídico para os seus "papéis". Quando o Código Civil brasileiro, no art. 2ª, diz que "Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil", ou o argentino que "Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades ó accidentes, son personas de existencia visible" (art. 52) e "Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos ó contraer obligaciones" (art. 52, 1ª parte), edictam regra jurídica sobre capacidade de direito, isto é, regra jurídica sobre poder o ente, de que se trata, vir a ser sujeito cig direito. Verdade é que, compondo-se o suporte fático de tai~

regras jurídicas e incidindo uma delas, não seria permitido excluir-se da aquisição de direito esse ente humano; portanto, já da incidência da regra jurídica, que dá entrada no mundo jurídico ao ente humano, resulta efeito, que é o *direito de personalidade* como *tal,* efeito mínimo do fato jurídico *stricto sensu* do nascimento de ente humano. Certamente, o ser sujeito *do* direito *a,* em concreto portanto, é diferente de ser pessoa, que é em plano acima, abstrato; mas não se há de levar muito a fundo a diferença, porque a pessoa já nasce com

titularidade concreta, que é a do direito de personalidade como tal, o direito a ser sujeito de direitos. Tal direito ressalta aos nossos olhos quando pensamos em terem existido, e ainda existirem em sistemas jurídicos destoantes da civilização contemporânea , seres humanos sem capacidade de direito.

Ao direito de personalidade como tal correspondem pretensões e ações. Porém não só os seres humanos têm personalidade; associações, sociedades, fundações e entidades de direito público podem tê-la (de direito público brasileiro, ou de outro Estado, ou interestatal, ou de direito das gentes).

Certo, a personalidade em si não é direito; é qualidade, é o ser capaz de direitos, o ser possível *estar* nas relações jurídicas como sujeito de direito. Mas andaram mal os juristas em não verem que, edictando-se regras jurídicas de cuja incidência resulta personalidade, consequentemente se criou *direito de personalidade.* A ação com que a pessoa física vai contra o ato do Estado por que a pré-exclui da aquisição de determinado direito (= vir a ser titular de determinado direito), ou com que a sociedade personificada vai contra o ato do Estado, que a tratou como se não houvesse adquirido personalidade (e.q., em lei que, contra os princípios constitucionais, lha t ire), invoca o direito de *ser* pessoa, portanto o direito de personalidade. Há, pois, direito subjetivo de personalidade.

Por outro lado, o argumento de que a ação declaratória da relação jurídica de que nasce o direito de personalidade já é, hoje, sem razão de ser, pela evidência da personificação de todos os homens com o nascimento com vida, é improcedente:

as ações, para existirem, não dependem de que alguém venha, concretamente, a precisar delas.

3.

Direitos *de personalidade.* O direito de personalidade, os direitos, as pretensões e ações que dele se irradiam são irrenunciáveis, inalienáveis, irrestringíveis. São direitos irradiados dele os de vida, liberdade, saúde (integridade fisica e psíquica), honra, igualdade. Nos Estados democráticos, o direito de voto é direito político, constitucional; não, de personalidade. Não cabe invocar se a parêmia *Volenti* non *fit injuria* se o querer ofenderia direito de personalidade,

e.g., o de liberdade no ter relações sexuais (E. Hafter, no *Kommentar* de M. Gmúr, 1, 2ª

ed., 147y.

4.

Nascituro. "A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro" (art. 4□)~ No útero, a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pôde ter sido sujeito de direito (= nunca foi pessoa). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tenha de esperar o nascimento para *se saber* se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa. Não é preciso que se haja cortado o cordão umbilical; basta que a criança haja terminado de nascer (= sair da mãe) com vida. A viabilidade, isto é, a aptidão a continuar de viver não é de exigir-se. Se a ciência médica responde que nasceu vivo, porém seria impossível viver mais tempo, foi pessoa, no curto trato de tempo em que viveu.

O Código Civil desconhece monstros, *monstra.* Quem nasce de mulher é ser humano. Não cogita do hermafrodita, no tocante á personalidade (C. Crome, *Spstem,* 1, 206). A dificuldade ou impossibilidade de se determinar o sexo é sem influência sobre a personalidade, no tocante aos direitos civis e, em geral, a todos os direitos cujos titulares podem ser, indiferentemente, homens ou mulheres. Se, na espécie, o sexo é relevante para a aquisição, conservação ou perda de direitos, como se a herança foi deixada às filhas, pode ele ser verificado, —

na ação em que se discuta a relação jurídica, ou algum efeito dela, — como *quaestio facti.* Não há ação declarativa do sexo, porque sexo não é relação jurídica, é qualidade do elemento homem‟ que entra no suporte fático de alguns fatos jurídicos. A sentença tem de responder sobre qual o sexo, sem se poder deixar que permaneça a incerteza, para o mundo jurídico, e a eficácia é de mandamento ao registro civil.

5.

Se há direitos sem sujeito. Pensou-se que existiam direitos sem sujeito,

como houve quem só admitisse como sujeito a pessoa física. Em 1850, A. Koeppen teve a herança *nondum adita* como sem sujeito. Desde 1853, B. Windscheid, adstrito ao segundo dogma, sustentou o primeiro (Die ruhende Erbschaft *Rritische Uberschau,* 1, 181, 207, e Zur Lehre von der Korrealobligation, VI, 219-321; *Die Acho des rórnischen Civilrechts,* Anhang, 223-238; *Lehrbuch,* 1, 7º ed., §§ *49* e 57, 8º ed., §§ 49 e 57; 9º ed., 219 s. e 255 s.): haveria direitos sem sujeito (pessoa física) e sem sujeito fingido; e até obrigações. Prosseguiu A. Koeppen nas suas afirmações do meio do século *(De natura hereditatis nondurn aditae,* especialmente 20 5.; *Die Erbschaft,* 9 s. e 164; *System,* 235 5.: *Lehrbuch,* 45; Zur Lehre vom Erwerb der Erbschaft *Jahrbticher* fOr *Doqmatik,* V, 173), caindo, porém, em concepção da herança *persona pro se,* não sem contradição consigo mesmo. Também A. Brinz *(Lehrbuch,* 3º ed., 1, 222 s.), C. Demelius (Die *Rechtsfiktion,* 79s.; Uber fingierte Persõnlichkeit, *JahrbOcher fOr die Dogmatik,* IV, 113-158), A. Tõbben *(Die Theorien,* 12 e 21-34). Por seu lado, E. 1. Bekker (Die Geldpapiere, *Jahrbàcher des gemeinen Rechts,* 1, 239 s.), que admitiu que também coisas pudessem ser subjeto de direito, pensamento esdrúxulo que se reencontra no Svstem (1, 50 s.). Posteriormente (Zweckvermôgen, *ZeitschriJt fOr das gesamrnte Handelsrecht* IV, 439 s.) seguiu a A. Brinz, em conceito de patrimônio como complexo de valores, que serve a fim, e não à pessoa, ou aos dois. A pessoa seria, em certos casos, supérflua. A todos, como a R. von Jhering *(Geist,* III, 60 s.), impressionava que loucos e ausentes pudessem ser pessoa. Ora ai é evidente que se confundiam personalidade e capacidade de querer livre, o que de modo nenhum se havia de pôr à base da teoria da personalidade. Mas os resultados a que E. 1. Bekker chegou foram os de afirmação de poderem ser sujeito coisas e animais (Zur Lehre von dem Rechtssubjekt, *iahrbúcher fOr die Dogrnatik* 12, 26), frisando (verdade parcial) que caracteriza o sujeito de direito o *pertencer-lhe* algo, e não o *poder.* Também J. Unger *(Sys tem,* VI,

& ed., 31 s. e 36 s.) admitiu direitos sem sujeito, ainda sem se precisar de recompor a teoria do sujeito de direito, mas o estado de indiferença aos sujeitos, que notou em certos direitos, servir-lhe-ia à distinção entre direitos subjetivos e direitos assubjetivados, e não a direitos com sujeito e direitos sem sujeito.

Contra a teoria dos direitos sem sujeito pôs-se em luta 3. E. Kuntze *(Die Obligation,* 234 s., *Die Lebre uon den Inhaberpapieren,* 244 s.), com toda a ortodoxia de G. E Puchta e E. Sintenis. Aliás, um ano antes a repelira li.

Arndts, na 2ª ed. do *Lehrbuch* (cf. 8º ed. 761). Frisou 3. E. Kuntze que não precisa ser homem a pessoa; o que é preciso é que haja direito, e

todo direito é de algum sujeito; não seriam concebíveis direitos sem direit o, nem no terreno jurídico positivo, nem no lógico. Deve-se completa repulsa da teoria dos direitos sem sujeito a C. Neuner *(Wesen iind Arten der Priuatrechtsuerhàltnisse,* 109 S.): nem há direitos sem sujeito; nem, após a morte do sujeito, o direito pode ser sem sujeito, — ou outro se insere, ou o direito se extingue. Quanto à teoria da ficção, tinha razão H. Bõhlau (Rechtssubjekt *und Personen role,* 3-7; Zur Lehre von den s. g. juristischen Personen, *Archiu fOr die clvi listische Praxis,* 56, 351 s.) em reputá-la "verdade excedente": o que pode ser sujeito de direito é pessoa; todo direito o é de alguém (= não há direitos sem sujeito). Mas ainda cometia o erro de entender por esse alguém só o homem. Também E. Zitelmann *(Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen,* 27-67) combater a teoria dos direitos sem sujeito, já sem o apego à concepção da titularidade só ao homem.

Melhor do que os outros, atendeu a que, à base da concepção do direito, está a lógica dos predicados: é preciso que exista sujeito para que exista predicado. Já A. Bolze *(Der Begriff der juristischen Person,* 5 s.) frisara que era erro ter-se o direito como substância e o sujeito como acidente; e E. R. Bierling *(Zur Kritik der juristische~*

Grundbegriffe, Ii, 83 5.; *Juristische Prinzipienlehre,* 1, 160 s. e 201 s.) pôs o problema noutros termos: não se há de discutir se se pode pensar em direitos sem sujeitos. Acentuaram a contradição de se falar de direitos sem sujeito G. Rúmelin *(Methodisches Uber juristische Personen,* 16 s., 41; *Zweckuermóqen und Genossenschaft,* 11) e E Regelsberger *(Pandekten,* 1, 78, s. 234 s.).

Costuma-se dizer que a questão da existência de sujeitos de direito era questão do direito comum. Ai o engano.

Trata-se de *problema de linguagem* ou *sistema lógico* acima dos sistemas jurídicos de que se trata. Os discutidores contemplavam sistemas jurídicos que conheciam. Problema do sistema lógico, só acima do direito comum, era o outro: ~quais as pessoas segundo o direito comum? Por isso mesmo, o outro, se não estivesse resolvido, persistiria c om os sistemas jurídicos das codificações dos séculos XVIII a XX. Em verdade, estava resolvido, no plano do sistema em que se levantou: perante a lógica (E. Zitelmann, *Irrtum und RechtsgeschdJt,* 7); o direito positivo apenas responde quem são os titulares dos direitos, com o fato de reconhecer a posição de sujeito. Uma vez que o problema pertence a sistema lógico acima dos sistemas jurídicos, não é de admirar (Kurt Schauen, *Der gerneinrechtliche Streit Ober die Móglichkeit des Bestehens subjekloser Recht,* 77) que persistisse.

Os incapazes não são desprovidos de vontade; ainda quando a perdem de todo, continuam pessoas. Foi grave erro pôr-se no mesmo plano de discussão, ao lado do problema de se saber se há sujeitos sem ser o homem e se há direitos sem sujeito, o problema da incapacidade absoluta ou relativa. A solução, que atribuiu a coisa e a animais a titularidade de direitos, transformava o *pertinere ad aliquem* em *pertinere ad aliquid;* e a que admitiu existirem direitos sem sujeito ou partiam de que não só o homem podia ser sujeito de direito ou que só o homem o podia ser. Ora, tinha-se de perguntar, antes, "que é sujeito de direito"; depois, "que é que, no sistema jurídico de que se trata, pode ser sujeito de direito". Se o sistema jurídico, como sistema lógico, atribui direito a animais e a coisas, tais animais e coisas não são objeto, —

são sujeito; e exatamente em só se atribuírem direitos a homens e a entidades, de que se precisava para as relações da vida, consistiu uma das linhas da evolução jurídica.

§ 51. Nasciturus e nondum conceptus

1.

Antes do nascimento. Nascituro é o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de direito ou de pretensão, ação, ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida. Fica ele como elemento do suporte fático do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu,* em nome dele, ou do ato-fato jurídico ou do fato jurídico *stricto sensu,* em nome dele, dependendo do nascimento com vida a *eficácia* do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu* ou do ato-fato jurídico, ou fato jurídico *stricto sensu.* Se o concebido nasce morto, foi ineficaz, aí, o fato jurídico *stricto sensa,* ou o ato jurídico. *Nondum* conceptus é o ente humano, futuro, a que se alude. Alude-se ao que pode vir a ser concebido, à *prole eventual.*

O problema jurídico do embrião ou nascituro não podia interessar ao homem da horda ou do clã, devido ao coletivismo primitivo. Surgida a especialização dos direitos, o problema tardou a pôr-se. Nas Xii Tábuas ainda não se cogitara dele (cf. G. A. Seehuber, *Das Problem des Embros,* 15). Na L. 6, *in* Jine, D., *de suis et legitimis heredibus,* 38, 16, Juliano deu a entender que elas não se preocuparam com o póstumo,

ao passo que o direito novo (Celso, L. 7) continha o principio tutelar: "vel si vivo eo conceptus est, quia c onceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur". A parêmia "Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur" é que corresponde ao direito comum. Na doutrina, houve muitas teorias, *a)* Os ficcionistas construíram a proteção do nascituro com a ficção de já ter nascido (E von Savigny, *Sys tem,* II, 2 5.; sem razão, E. Morenz, *Der privatrechtliche Schutz des Nasciturus,* 42 s., atribuía-lhe fazer do nascituro *pessoa* desde já). Pessoa fingida seria ele. Contra isso, insurgiram-se L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 3º ed., 190 si e F.

Les *(Vergíeichende*

Darstellun˚, 1, 28), para quem se protege, sem se fingir qualquer coisa; e E. Hólder *(Alígemeiner Teil,* 71s.), invocando a Ulpiano, na L. 30, § 1, D., *de adquirenda vel omittenda hereditate,* 29, 2, pensou em eficácia negativa (do direito de outrem) da concepção, até que, mais tarde *(Na túrliche und juristische Personen,* 328), pensou em patrimônio interimístico, em que o curador figura ativamente nas relações jurídicas (semelhantemente, J. Biermann, *Búrgerliches Recht,* 1, 429, que pensou em direitos sem deveres; contra isso, O.

von Gierke, *Deutsches Privatrecht,* 1, 255, E. R. Bierling, *Prinzipienlehre,* 1, 169 s., e diretamente contra 1

Biermann, G. A. Seehuber, *Das Problem des Embryos,* 42 s.). *b)* A teoria da ficção opôs-se a teoria dos direitos sem sujeito (B. Windscheid, *Lehrbach,* 1, 9º ed., 231s., cf. 7º ed., 125 s.), que, diante da dificuldade, em vez de fingir o sujeito de direito, o escamoteava, o que é fingir o pior (cf. E. Morenz, *Die privatrechtliche Schutz des Nascituras,* 43 e 47; P. Oertmann, *Aliqemeiner Teil,* 2e ed., 76). *c)* A teoria da *hereditas iacens,* que torna sem dono até o nascimento a herança, se há nascituro (cf. Th. Kipp, em B. Windscheid, *Lehrbuch,* III, 9º ed., 200; R.

Leonhard, *Der Alígemeine Teil,* 110; K. Hellwig, *Die Vertrdge aaf Leistung an Dritte,* 244; E Endemann, *Einfúhrung,* 37), no próprio direito romano não bastaria a explicar a tutela do nascituro, e é — perante o direito brasileiro, como perante o direito francês, alemão e qualquer outro que tenha a saisina — insustentável. *d)* A teoria da eficácia passiva que R. von Jhering (Passive Wirkung, *Jahrbúcher fOr die Dogmatik,* 10, 390 s.) também seria, e é, de repelir-se; e o seu autor ficou só. Depois veio a teoria dos direitos futuros (H. Rosenthal, *Das Búrgerliches Gesetzbuch,* 5º ed, 12; O. Haidlen, *Búrgerliches Gesetzbach,* 1, 9; Fr Hellmann, *Vortràge, 4; G.* Planck, *Búrgerliches Gesetzbach,* 1, 3º ed., 58), ainda sob a forma de aquisição *ex tanc* (E. Zitelmann,

Aligemeiner Teil, 43; H. Neumann, *Handsaasgabe,* 1, 5º ed., 15). As teorias da condição foram pelo menos três.

e) A teoria da aparência de condição foi sugerida e defendida por E. Eck *(Vortráge,* 1, 35 s.): tudo se passaria c omo se condicionado o exercício (e o direito?). Mais clara, *.1)* a teoria da condição (em sentido próprio), sustentada por E. Heymann *(Die Grundzúge,* 56 s.), a que também escapava o problema da capacidade, que estaria c ondicionada, e o da incondicionalidade dos direitos herdados. Não a salva o conceito de "futuro homem" que há no nascituro (O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht,* 1, 357, que fala de futuro homem e de aquisição condicional de direitos, caindo em paradoxos). *g)* A teoria do análogo à condição surgiu com R

Oertmann *(Allgemeiner Teil,* 2ª ed., 5 s.): não há direitos do nascituro, ele é que será, se nascer vivo, titular desses direitos, que já são (de quem?). *h)* A teoria da personalidade "jurídica" *(stricto sensa)* do nascituro cria, antes da personalidade física, a personalidade jurídica do nascituro (A.

E Rudorff, em G. E Puchta, *Pandekten,*

r ed., 178 s., 10ª ed., 176), o que é absurdo (cf. E. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9º ed., 231 s.). Contra J. Kohler *(Lehrbach,* 1, 354, e *Lehrbuch der Rechtsphilosophie,* 44), que tentou ressuscitá-la, argumentou-se que admitir-se a pessoa jurídica, antes da pessoa física, seria fingir, sem se confessar a ficção. *i)* A teoria da representação atribuiu ao curador representar o nascituro, mas deixou sem solução o problema da existência, ou não, do representado (E. Hólder, *NatO rliche and* jaristische *Personen,* 128; J. Binder, *Das Problem der jaristischen Persónlichkeit,* 54). Tal representante não representaria, — exerceria, presentar-se-ia. Nem *de lege ferenda,* nem de *lege lata* seria de admitir-se, ainda sob a forma de teoria da fidúcia (A. Schultze, Treubânder, *Jherings iahrbúcher,* 43, 1 s., 58; contra R. Caldemeyer, *Die Rechtsstellang des Nascituras,* 29). Cair-se-ia na teoria da eficácia passiva, ou do sujeito sem direito. *j)* A teoria do sujeito indeterminado já se aproximou da verdade, porque atendeu á indeterminação objetiva do sujeito (R. Stammler, *Unbestimmtheit* des *Rechtssabjekts,* 17 e 21.

O ser humano vivo, que ainda não nasceu, já é ser humano; o que é indeterminado é o sujeito do direito. O direito não é futuro, por isso; só há a indeterminação. Não se precisa pensar, todavia, como G. A. Seehuber *(Das Problem des Embrvos,* 80), em sujeito *parcial* de direito.

A transmissão do direito deu-se, mas ainda não surte efeitos quanto ao sujeito, porque ainda não se sabe quem é,

— se o nascituro, se outrem. Pode bem ser que haja dois ou mais nascituros, só um dos quais possa vir a ser reconhecido como titular A alternativa pode ser entre nascituros e pessoas vivas, ou entre nascituros, pessoas físicas e pessoas jurídicas, ou só entre nascituros. A ignorância — nossa — é quanto a fatos presentes (se está em situação de nascer com vida). A antinomia é entre o mundo fático, no tempo, e o alcance da nossa inteligência e meios de ciência e investigação. Para o mundo do direito, que é obra do espírito, não há indeterminação.

2.

Direito brasileiro. Quanto ao nascituro, o art. 49 diz que a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; "mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro"; e o art. 1.718 explicita que são absolutamente incapazes de adquirir por testamento "os individuos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão São capazes, portanto, *a)* os *concepti,* — os incapazes são os não concebidos até a morte do testador; e *b)* a prole eventual de pessoas designadas e existentes ao abrir-se a sucessão. Não se há de atribuir ao art. 1.718, *in fine,* o ter conferido personalidade à prole eventual de pessoa existente e determinada; o art. 1.718

tem de ser interpretado, tanto na 1º quanto na 2ª parte, de acordo com o art. 49º Os *nondum concepti* podem ser contemplados em testamento, negócio juridico unilateral, e em estipulações a favor de terceiro (art. 1.098); a construção não é a mesma da contemplação do nascituro e da estipulação a favor do nascituro, — há a alternação de sujeitos. mas já se sabe que ainda não existe o favorecido eventual, durante a espera da geração. Por isso mesmo, não hã a figura do curador da prole eventual (Bagel, Zur rechtlichen Stellung der noch nicht erzeugten Deszendenz, *Gruchots Beitràqe,* 52, 193 s.). Os *nondum concepti* têm, no direito brasileiro das sucessões, duas possibilidades de plena ressalva de direitos: *a)* no mesmo pé de igualdade com os concebidos ainda não nascidos, se nas condições do art. 1.718; *b)* nos fideicomissos e sucessões posteriores (condições nas heranças e legados, e termos iniciais nos legados). A disposição ou estipulação a favor da prole eventual não é nula, se a prole eventual se torna impossível (morte da pessoa designada, ou de uma das que deviam ser

genitores; esterilidade); é *ineficaz.* A demonstração da ineficácia faz irem aos substitutos ou aos herdeiros legitimos a sucessão. A prole eventual é sempre representada pelo genitor, ou pelos genitores, ou os que representem aquele ou esse. Nada tem tal representação, ainda processual, com o direito de família, se não se alude a duas pessoas de que seja. Afaste-se, porém, a noção de direitos sem sujeito a que recorre Krúckmann (Rechtsbesitz und qualitative Teilung, *Archiu for Búrgerliches Recht,* 41, 314 s.).

3.

Direito e personalidade. O direito existe para servir ao homem, como elemento que estabiliza o econômico e o político. Daí a sua função de assegurar permanências. O homem criou-o como regulador de relações entre homens, ou entre outras pessoas, sem ser o homem. Por trás dessas pessoas, estão sempre, no plano econômico e no político, homens: a distinção entre pessoas físicas e pessoas jurídicas emana do direito e somente como tais se impõem esses conceitos. Umas e outras têm começo; hão de ser nascidas, isto é, já estarem na vida social, para que sejam pessoas.

O que o direito protege é o interesse dos homens e outros entes personificados. Não é o poder, nem a vontade deles: aquele que não mais pode querer e aquele que quer sem liberdade têm interesses protegidos pelo direito; o que nada pode fazer, ou exigir, tem interesses protegidos pelo direito E sinal de regressão o ver no direito só o direito-poder ou o direito-vontade. O sujeito de direito, pólo de relação jurídica, não precisa poder, nem querer. Se se excluem, de regra, as pessoas futuras é porque as relações jurídicas são no *presente,* ainda que permaneçam, e os seus termos têm de ser no *presente:* seria ilógico a relação jurídica entre pessoa que ainda não existe e pessoa que existe, ou entre pessoas que ainda não existem.

4.

Eficácia antecipada. No suporte fático da regra jurídica *Nasciturus pro iam nato habetur,* não há inversão de elementos; a eficácia é que se antecipa: antes do suporte fático da pessoa se completar, atribuem-se efeitos ao que é o suporte fático de agora, portanto incompleto para a eficácia da personalização. Seria desacertado só se reconhecerem

todos os efeitos após o nascimento, como desacertado seria admiti-los todos desde já. Procurou-se a melhor solução: „resguardarem-se" os interesses desde já. O suporte fático das regras jurídicas concernentes a pessoas futuras (ainda não nascidas, nem concebidas) é diferente; e o direito iria contra os fatos da vida e sua própria concepção da personalidade se recorresse à mesma regra *pro iam nato habetur,* em se tratando de *nondum concepti.* **o** já concebido é suporte fático de "pessoa", que pode não vir a nascer vivo; portanto, se não nasce vivo, é como se não tivesse sido concebido. Em relação a seus interesses, tinha de ser atendido, enquanto isso não se dá. O problema de técnica legislativa é duplo: consiste em se saber *quando* e *até que ponto* pode ou deve ser protegido o interesse da pessoa que ainda não nasceu, *a)* concebido já o ente humano ou *b)* ainda não concebido. A solução bifurca-se, porque não há paridade entre o *iam conceptus* e o *nondum conceptus*

Se, quanto ao *infans conceptus,* se lhe atribuísse, desde já, personalidade, o nascimento sem vida teria de atuar como elemento de suporte fático novo, que entrasse no direito e cancelasse, *ex tunc,* a eficácia da personificação prematura. A vida, em si mesma, independente do nascimento, seria determinadora da personalidade: *Homo est qui futurus* est. Identificar-se-ia *homo* e *persona,* o que ainda vai entrar na vida social e o que nela ja entrou. Tal identificação foge à verdadeira natureza do direito:

protege-se o feto, como ser vivo, como se protege o ser humano já nascido, contra atos ilícitos absolutos e resguardam-se os seus interesses, para o caso de nascer com vida; biologicamente, o *conceptus sed non natus* já é homem; juridicamente, esse ser humano ainda não entrou na vida social, que é onde se enlaçam as relações jurídicas. Não foi a personificação do nascituro a solução que deram conhecedores profundos da vida social, como foram os legisladores e juristas gregos e romanos. Tinham eles consciência de que antecipavam efeitos, *quotiens de com modis etus agitur.* (Quando Polidectes morreu, pensou-se que Licurgo era o rei, e reinou ele; mas, sabendo-se que a rainha estava grávida, declarou que, se lhe nascesse filho, seria esse o rei, não cabendo a ele mais que a tutoria.)

A incidência da regra jurídica "Só são pessoas físicas os homens já nascidos" deixaria sem proteção o *nondum editus homo.* O direito pós-clássico corrigiu-o, com a regra jurídica *Injans conceptus,* que vinha sendo elaborada através de salvaguarda dos interesses dos concebidos ainda não nascidos. Se assim ocorreu, as inserções da regra jurídica *Infans conceptus* foram interpolações (E. Albertario, Conceptus pro iam

nato habetur, *Boiletino dell*"*Istituto di Diritto Romano,* 1923, 1 s.) aos textos de Paulo, de ~Juliano e de Ulpiano.

5. *Nascimento com vida.* O nascimento com vida encontra a eficácia do fato jurídico da concepção. Note-se bem; a concepção é que compõe o fato jurídico. A despeito disso, pretendeu F. Gény *(Science et Technique,* III, 363) que a eficácia do fato jurídico do nascimento fosse retroativa, *in melius.* Mas apara que pensar-se em retroeficácia se eficácia já havia? Não há qualquer retroatividade (sem razão, também, Lucien Lecoq, *De la Fiction comme procédá juridique,* 87 s., e Louis Sébag, *La Conditlon juridique des Personnes physiques et* des *Personnes morales avant leur naissance,* 37 s.). Tampouco satisfaz a construção suíça ("sob a condição de nascer vivo"), segundo o art. 31 do Código Civil suíço; porque os efeitos do fato jurídico, em cujo suporte fático está a concepção (ainda sem nascimento), se produzem, sem qualquer pendência, ou condicionalidade. O parto sem vida pré-exclui qualquer efeito *por diante;* o parto com vida completa o suporte fático para surgir a pessoa, no preciso sentido jurídico. O *infans conceptus* é suporte fático à parte; o suporte fático entra no mundo jurídico e, como fato jurídico, irradia eficácia. Com os elementos desse suporte fático, *mais* o nascimento com vida, compõe-se o suporte fático de que exsurge a pessoa. As noções de ficção, de substituição, ou de retroatividade, são, aquelas, supérfluas, e essa, errada.

6.

Tutela penal e ofensa á vida do homem concebido. Um dos problemas mais delicados a respeito dos nascituros é o da tutela penal contra a ofensa à vida do *conceptus sed non natus.* Todos sabem que o infanticídio é crime, que o é o aborto e a própria ofensa à vida do apenas concebido. Mas diferença de penas indica que não se trata do mesmo crime. Por muito tempo, pensadores gregos, romanos e católicos discutiram se era o caso, ou não, de se distinguir quanto à idade do feto. Tertuliano e Basilio foram os pelejadores da exclusão de qualquer distinção; aquele *(Apologética,* IX) era terminante: *Homo est qui est futurus, etiam fructus omnis iam in semine est.*

Se a ofensa ao *non natus* é ofensa ao "direito" ávida, desse direito é titular o feto; e então há pessoa, desde a concepção, pelo menos no direito penal. Se a ofensa é à mulher, é ela o titular do direito à vida e

à integridade *do filho.* Se a ofensa é à sociedade ou ao Estado, tem-se de pensar em titularidade do povo, ou do Estado. Só essa concepção é de admitir-se, hoje em dia: ao Estado é que toca a pretensão punitiva, se a pena e pública, contra aquele que comeTeil a ação punível. Certo, pode-se pensar em resguardar-se ao nascituro o seu interesse de viver, á integridade física e psíquica, ao nome e outros interesses que estão à base dos direitos de personalidade; não há, porém, desde já, direito de personalidade, de que seja titular o nascituro.

Também no direito constitucional e público simples, aparece a tutela do *infans conceptus sed non* natus em matéria de nacionalidade, de participação em prêmios de população *in fieri* e de outros direitos. Se o sistema jurídico adota o *ius* sanguinis, o nascituro tem de ser tratado como nacional, ou conforme a regra do direito internacional privado do Estado da nacionalidade; se o sistema jurídico adota o *ius sou,* tem-se de esperar o nascimento para que se considere nacional: antes, o *infans conceptus sed non natus* apenas é de tratar-se como se nascesse onde está a mãe e pode nascer o filho. Se o sistema jurídico é indiferente ànacionalidade, porque submete as pessoas à lei do domicílio, essa lei é que dá a regra jurídica de tutela do nascituro, subordinando-o ao estatuto da mãe, que pode ser o do pai do *infans,* ou não. Em nenhuma das espécies, é o nascituro titular dos direitos, pois que apenas se resguardam os seus interesses, o titular *foi* e *é* aquele que se esclareceu ter sido, inclusive o próprio nascido cujo interesse se resguardou. Se isso ocorreu, o nascido continua a situação criada desde a concepção, com toda a eficácia. Se o nascimento com vida não se deu, tudo foi supérfluo, por erro na previsão; e o sujeito de direito é outro, ou se extinguiu o direito que *teria passado,* se o nascimento com vida tivesse ocorrido, ao *conceptus* e, já agora, *natus.*

§ 52. Nascituro e titularidade

1. *Salvaguarda* dos *direitos do nascituro.* Ao problema da salvaguarda dos direitos do nascituro dá-se solução afirmativa (art. 49, 2ª parte: "... a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro", isto é, a aquisição e conservação de direitos). Mas a construção tem sido discutida: ou *a)* se entende que o feto já é pessoa, com a condição de nascer vivo, sem capacidade de exercício e, *a fortiori,* porque. nascendo, vivo, não a terá; ou *b)* se entende que há indeterminação do sujeito até que se dê a saida do corpo da mãe; ou c) se exclui qualquer personalidade até o nascimento com vida, operando o art. 49, 2ª

parte, como regra jurídica de eficácia retroativa; ou *d)* se tem o nascituro como dotado de capacidade de direito limitada; ou *e)* se consideram *sem sujeito* os direitos que podem vir a ser do nascituro; ou se tem o patrimônio destinado a fim como pessoa jurídica; ou g) se transplanta para a teoria dos sujeitos a noção de expectativa, que diz respeito a relações ou efeitos de relações; ou *h)* se tem como ainda não constituídos os direitos; ou *i)* se admite que a certeza sobre o nascimento com vida cria a personalidade antes do nascimento; *j)* ou se vê apenas eficácia do fato da concepção.

2. *As teorias, a)* As Ordenações Filipinas, Livro III, Título 18, § 7, alínea 2ª, falavam da posse que pertence à mulher prenhe, "por razão da criança que tem no ventre". Nas Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 36, § 7, permitia-se nas férias que "metessem em temça de alguns bens, por rezam da criança que tevesse no ventre" a mulher prenhe, que enviuvou. Teixeira de Freitas leu o texto filipino como se as pessoas se considerassem

„nascidas apenas formadas no ventre materno" *(Consolidação das Leis Civis,* art. 1º). Em nota, reforçava a sua interpretação com os argumentos de poder ser reconhecido o filho apenas concebido, de caber alforria do nascituro etc.

Também E. Heymann *(Die Grundzúge,* 61) pensou em titularidade pelo nascituro: por exemplo, os direitos e deveres da herança passariam ao já concebido, condicionados resolutivamente, de modo que haveria, para o herdeiro a vir na falta do nascituro, condição suspensiva. Essa concepção afastaria a ficção, considerando-se condicional o direito, quando o que se discute é a futuridade, ou não, do sujeito; e a condição, a respeito de sujeito (seria, então, suspensiva), é de repelir-se (E. Lõwenfeld, *J. v. Staudin˚ers Kommentar,* 1, 7º-8º ed., 51).

Mais radicais, ‚J. Kohler *(Lehrbuch,* 1, § 151 1, 1) *e G.* Schwartz (Kritisches OberRechtssubjekt und Rechtszweck, *Archiu for Búrgerliches* Recht, 35, 39 s.) que punham o nascituro na relação jurídica, aquele como pessoa "jurídica", e esse como titular de interesses presentes, tais como o interesse de alimento.

b) As teorias que vêem no problema do *conceptus sed nondum natus* indeterminação do sujeito partem da admissão da existência, desde já, dos direitos, e negam que haja ai, ou possa haver em qualquer emergência, direitos sem sujeito. E de reconhecer-se, a respeito, a

contribuição de R. Stammler *(Unbestimmtheit des Rechtssubjekts,* 14 s.); porém não chegou ele à solução precisa.

c) Pôs-se A. von Tuhr *(Der Allqemeine Teil,* 1, 191 s.) em atitude diferente das anteriores: o direito não pode ser sem sujeito; a capacidade de direito começa com o nascimento, portanto o *nasciturus* não pode ter direitos, tal como a pessoa jurídica não constituída e a *persona nondum concepta,* ou aquela cuja determinação dependa de acontecimento futuro. Expectativas de direitos podem existir, e são elas que se resguardam. Se o concebido nasce vivo há a constituição do direito, com eficácia retroativa. (A p. 381, nota 5, A. von Tuhr, combatendo a K.

Hellwig, que admitiu já existirem os direitos e serem, até o nascimento, *sem sujeito,* lançou mão, acidentalmente, da figura dos sujeitos alternativos, porém não desenvolveu em teoria esse conceito).

d) As teorias que vêem na proteção ao nascituro atribuição de capacidade limitada necessariamente lhe reconhecem personalidade, desde a concepção, posto que nem sempre os seus sustentadores hajam prestado atenção a isso. Para L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 3O～-34º ed., 188), tem-se de considerar, por ficção, já personificado o nascituro, *para o caso* de nascer com vida; capaz de direito e incapaz de exercício, sendo limitada e condicional a capacidade de direito. Também assim, 3. W. Hedemann *(Werden und Wachsen im búrgerlichen Recht,* 22).

e) A concepção dos direitos, que vão do nascituro, como direitos, até o nascimento, *sem sujeito,* vitimou a Konrad Cosack *(Lehrbuch,* 1, 73) e a K. Hellwig *(Anspruch und Klagrecht,* 45; *Lehrbuch,* 1, 293), com a figura da massa patrimonial autônoma

sem sujeito. CombaTeil a esse A. Schultze (Treuhànder, *Jherings (Jahrbúcher,* 43, 60 s.) que pôs em relevo a confusão, por parte de alguns juristas, entre a *hereditas iacens,* com a separação romana entre a delação e a aquisição da herança, e a transmissão germânica da herança, sem qualquer lapso (cf. J. Binder, *Die Rechtsstellung des Erben,* 1, 189), o que explica pensarem em direitos sem sujeito no caso do nascituro. Porém, em verdade, o próprio A. Schultze não ficou isento le crítica, por parecer que não deu solução à questão sobre quem fosse o sujeito dos “direitos” que o curador do nascituro gere. Também contra 1(. Hellwig, J. Binder (1, 2 e 185 s.).

f) A teoria do patrimônio destinado a fim ou admite que esse seja sujeito de direito e então se volta à teoria *a), em* que se fala de pessoa jurídica desde a concepção, com a diferença, porém, de ser o patrimônio, e não o *conceptus* sed *nondum natus,* o sujeito dos direitos, ou prescinde de qualquer personificação e então a volta é à teoria e).

g) A teoria da expectativa subjetiva cria, no plano da teoria dos sujeitos, o que só se assentara no plano da teoria dos objetos (coisas futuras) e dos efeitos (direitos, pretensões, ações e exceções futuros).

li) Á expectativa recorreram E. Endemann *(Lehrhuch,* 1, § 26, nota 17), M. Hachenburg *(Das BGB., Vortràge,* 2ª

ed., 332 s.), e G. Semeka (Das Wartrecht, *Archiv fOr Búrgerliches Recht,* 35, 121 e 127). O direito não se constituiu, constituir-se-á quando a criança nascer com vida. Situação parecida com a dos herdeiros, se não se sabe se o decujo faleceu (arts. 469-484). Note-se bem a particularidade dessa concepção: o fato jurídico já se produziu, o que ainda se não produziu foi o direito. Por se tratar de direito futuro com certa probabilidade, tem de ser resguardado (cautelaridade das medidas).

No acórdão de 27 de agosto de 1947, o Supremo Tribunal Federal (RT 182/438) caiu em grave confusão: viu no direito que o ser humano em expectativa de ser pessoa, o nascituro, tem, expectativa. O direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, e, como eles, os deveres, obrigações e situações passivas nas ações e exceções de modo nenhum se alteram pelo fato de haver nascituro, que pode vir a ser titular, *ex tunc;* toda a pendência é no ser humano, no sujeito.

i) A aparente contradição do Código Civil, arts. 42 e 1.718, apaga-se, se pomos o problema no mundo fático (biológico) em que pode ser grande a probabilidade de nascer vivo o *conceptus,* em cada caso: a personalidade começaria c om a prova da existência futura; todo produto gravídico da mulher, que possui coração e tem grande probabilidade de nascer vivo é capaz de direito Mas essa solução confundiria dois mundos, o fático e o jurídico: ou se admite que o feto vivo já entre no mundo jurídico, ou não se admite. Se a probabilidade tivesse de ser atendida, o não-advento reporia o problema, no *mundo jurídico.*

Cedo, o ser humano só se faz personalidade quando nasce, porém não se pode reduzir a nada o art. 42, 2C parte, o que afeia alguns acórdãos (e.g., 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, a 14 de fevereiro de 1950, *RI,* 51/485). Tampouco se podem deixar de ressalvar direitos que se ligam a suportes fáticos em que só falta o fato da vida, como os de nacionalidade (sem razão, 3º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 de março de 1950, *RT* 185/758). O art. 42, 2ª parte, é revelação de principio geral de direito. No direito público, também se ressalvam os direitos do nascituro.

3. *Vir a ser* e *personalidade.* O vir a ser, a futuridade, não concerne, no direito, somente ao objeto, aos fatos e aos efeitos, também se refere ao sujeito ativo ou passivo, à pessoa. Toda relação jurídica há de ser entre dois termos.

Se falta um termo, não há relação; e desatender-se a esse enunciado liminar de toda lógica e de toda física foi o erro em que incorreu a teoria dos direitos sem sujeito. A *persona nondum concepta* não tem direitos, porque nem sequer a sua formação se iniciou; o nascituro, esse, já concebido, ainda não nasceu, porém o fato de já estar em formação, de já se ter de "esperar", obriga a técnica legislativa a incluí-lo em suportes fáticos de fatos juridicos de que irradiam direitos, pretensões, ações e exceções. Como? Entra ele nesses suportes fáticos como elemento de alternação *"nasciturus* ou A", ou, se há dois nascituros, ou mais, que devam ser contemplados, ou preferentemente um deles, *"nasciturus + nasciturus* ou A", ou *"nasciturus* ou *nasciturus,* ou A". O direito — ou, melhor a relação jurídica — não é sem o primeiro termo; o que se dá é que o primeiro termo é alternativo, o que viram, até certo ponto, aqueles juristas que falaram de incerteza ou indeterminação do sujeito. No caso de promessa a favor de terceiro, que, ao aceitar aquele a quem foi feita a promessa, ainda não nasceu, não há alternação subjetiva, por certo; pode dar-se, outrossim, que não esteja concebido, sequer, esse terceiro. Porém, aí, apenas o sistema jurídico, como a respeito da prole eventual de determinada pessoa (art.

1.718), admite que seja beneficiado do negócio jurídico o não-concebido. O negócio jurídico será, ou não, *eficaz.*

Tal verificação é protraida à data do nascimento.

4. *Afastamento do* conceito *de condição* . É de repelir-se qualquer noção

de condição. Não há condição nas situações jurídicas do nascituro (arts. 42 e 1.718), nem da prole eventual de determinada pessoa (art. 1.718, *in fine).* Quando o filho de A nasce morto, o herdeiro é outra pessoa, porque o filho de A não foi herdeiro. Não houve herdeiro nem herança sob condição resolutiva; nem retroatividade, nem qualquer efeito de suspensividade aposta ao negócio jurídico do testamento, nem criada pela lei sobre sucessão legítima. Os bens passaram ao herdeiro legitimo, ou aos herdeiros legítimos, no dia da morte do testador *(Le mort saisit le uifjl:* a falta de criança que nascesse viva apenas demonstrou não ter tido *eficácia* a disposição do testador a favor do *conceptus sed nondum* naíus. O momento em que a ineficácia se deu pode ter sido antes do nascimento; a demonstração da ineficácia é no momento do nascimento sem vida. O herdeiro concebido não existiu. Pensava-se que viesse a confirmar-se a suposição de existir e, uma vez que os homens não adivinham e é de presumir-se que nasçam com vida os já concebidos, o sistema jurídico *ressalva,* desde a concepção, os direitos do nascituro. Entre presumir-se que nasça morto e presumir-se que nasça vivo, tudo — cálculo de probabilidade, política legislativa, equidade —

aconselha a ter-se por mais provável o nascimento com vida. Se erramos, isto é, se nasce morto o concebido, demonstrado ficou que não havia, do lado passivo, quem recebesse a herança. Se o concebido nasce vivo, demonstrado ficou que havia pessoa, e essa se inseriu em toda relação jurídica que se constituíra. No *intervalo entre a concepção e* o *nascimento,* os direitos, que se constituíram, têm sujeito, apenas não se sabe qual seja. À

ineficácia quanto ao nascituro que nasce sem vida corresponde a eficácia quanto ao herdeiro legítimo ou viceversa. Não é verdade, portanto, que os direitos se tenham constituído sem sujeito. Aliás, podem ser plurais os nascituros, que nascem com vida, e as regras jurídicas é que decidem se todos, ou o de um sexo, ou todos os de um sexo, *foram* sujeitos dos direitos.

5. *Dificuldades dou trinárias.* A dificuldade doutrinária maior, a propósito de *nasciturus* e de *nondum conceptus,* é relativa a direitos que nascem antes do nascimento do beneficiado, hipotecas e transcrições no registro de imóveis, que são juridicamente possíveis (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 3a ~-34º ed., 188; contra, E Oertmann, *Allgemeiner Teil,* 6, e O. Planck, *Kommentar,* 1, Q ed., 10). Porém a solução acertada é a que só vê em tais atos jurídicos alternação subjetiva com aquele que é sujeito do direito se o nascimento foi sem vida, ou se a prole não vier

a existir. Pense-se no registro do imóvel em nome do herdeiro que se tinha por vivo e falecera antes da morte do testador; esse registro *teve* todos os efeitos a favor dos que receberem o bem que *iria* ao premorto.

Com o nascimento, começa a personalidade, porque do direito de personalidade é titular todo homem. O *nondum editus,* de que falou a L. 9, § 1, D., *ad legem falcidiam,* 35, 2, é futuro sujeito de direito, que se há de tutelar desde já. O ente humano, para se ter como pessoa, precisa nascer vivo: o que nasce modo não se tem por nascido, nem, sequer, procriado (L. 129, D., *de verborum significatione,* 50, 16: *Qui mortui nascuntur, negue nati negue procreati videntur).* Mas a questão de nascer vivo ou viável foi *gravis quaestio* (C. G. von Wächter, *De Partu vivo* non *vita Ii,* 1 s.). Contra o requisito da viabilidade, J. A. Seuffert *(Erórterung,* 1, 50) e E von Savigny *(System,* li, Apendice III). Exigindo-o, O. E. Oeltze *(De Partu vivo vitali et non vitali,* 15; cf. G. H. A. Nitschke, *Die Vitalitàt,* 29 s.) e outros. Ao Código Civil só interessa que nasça vivo.

Toda disposição de última vontade a favor de nascituro ou de *nondum conceptus* é disposição do tipo: "Deixo a A *ou* a b sendo a determinação de B por expressa cláusula ou por incidência de regra jurídica dispositiva. Toda estipulação, a favor de terceiro nascituro, ou de *nondum conceptus,* é estipulação que ou contém aquela alternação, *ou* há substituição a líbito do estipulante (art. 1.100), ou se demonstra ineficaz, se não ocorre alternação, ou substituição. A pretensão a alimentos, a favor do concebido, é pretensão cautelar (alimentos provisionais, Código de Processo Civil, art. 852, nº 1,11 e III, *ex argumento),* ainda quando se trate de indenização por morte do que era obrigado a alimentos ao concebido.

A doação ao já concebido é válida, e demonstrar-se-á, com o nascimento com vida, ou sem vida, a sua eficácia ou a sua ineficácia. Tem-se de fazer o contrato com o genitor, que teria o pátrio poder (art. 462), se já fosse nascido o beneficiado, ou com o curador da mãe, que teria o pátrio poder (art. 462, parágrafo único), ou do pai, se é interdito e a mãe faleceu, ou não tem o pátrio poder, ou com o curador nomeado ao nascituro. Quem vai doar é legitimado a pedir a nomeação, ainda que haja titular do pátrio poder, ou curador de quem o seria, se a doação tem a cláusula de não serem os bens administrados pelos pais (art. 391, 111).

No direito penal, a morte do feto, por terceiro, ou pela própria mãe (Código Penal, art. 121), ou por essa, sob a influência do estado puerperal (art. 123), sem ser nos casos em que a lei pré-exclui a contrariedade a direito, é homicídio. Pune-se também o aborto em si (Código Penal, arts. 124-128).

6. Viabilidade, O problema de ter nascido com vida o ser humano é *quaestio facti,* que se há de resolver com os recursos da ciência do momento; não é *quaestio iuris.* Se nasceu com vida e morreu, adquiriu o ser humano os direitos; pretensões, ações e exceções e foram transmitidos deveres, obrigações e situações passivas nas ações e exceções; transmitindo, por sua vez, aqueles e esses, se, com a morte, os não perdeu, ou não os perdeu nos minutos que viveu. A questão de se saber se é preciso ter *respirado* para ter vivido toma aspecto delicado no caso da criança que, ao sair do útero e antes de respirar, ainda que esteja intacto o cordão umbilical, é assassinada, ou sacrificada por imperícia médica. Quanto ao infanticídio, o direito penal brasileiro abstrai do momento em que se mata (Código Penal, art. 123), se a mãe estava sob influência do estado puerperal; fora daí, iniciado o parto, o atentado é homicídio, salvo para o médico nas estritas espécies do art. 128, 1 e II, do Código Penal. Assim, fora dessas espécies, iniciado o parto de ser humano que nasceria viável, haver-se-ia de ter como nascido o ente humano, — o que daria resposta uniforme às duas questões. Porém o art. 49, ~) parte, fala de nascimento com vida, o que supõe o estar fora das entranhas, com *vida.* A solução não é, *de iure condendo,* sem inconveniências; porque, por exemplo, o que estaria excluído de herança pelo fato de nascer o ser humano, de que se trata, poderia matá-lo, antes de nascer, para poder herdar. O art. 120 cogita de implemento de condição, que se obsta, ou que se suscita maliciosamente para proveito próprio; mas seria, na espécie, *condicio ivris,* e o art. 120 não se refere a ela (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 297).

§ 53. Registro civil das pessoas físicas

1. *Natureza dos registros civis.* Os registros e averbações no registro civil das pessoas naturais estabelecem, de regra, apenas eficácia *erga omnes,* com inicio à data do ato registrado, ou depois, conforme o ato registrado: o registro do nascimento tem eficácia *ex tunc;* o de opção de nacionalidade, também; não assim o de interdição por

prodigalidade, o da adoção ou das alterações e abreviaturas de nomes. Somente ao se tratar de cada um dos atos é que se podem miudear as particularidades.

2. *Espécies de registro.* A lei discrimina atos *registráveis* e atos *averbáveis.* "Serão registrados no Registro Civil de Pessoas Naturais", diz, no art. 29, a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973: "1, os nascimentos; 11, os casamentos; III, os óbitos; IV, as emancipações; V, as interdições; VI, as sentenças declaratórias de ausência; VII, as opções de nacionalidade". No § U estatui-se em *numerus apertus* a averbalidade *a)* das sentenças constitutivas pertinentes à anulação e nulidade do casamento, à separação dos cônjuges, ao restabelecimento da sociedade conjugal e à filiação; *b)* dos atos judiciais ou extrajudiciais de reconhecimento de filiação; *c)* das escrituras de adoção e de atos que a desconstituirem; *d)* das alterações ou abreviaturas de nomes. No § 2ª regra-se: "E competente para a inscrição da opção de nacionalidade o cartório da residência do optante, ou de seus pais.

Se forem residentes no estrangeiro, far-se-á o registro no Distrito Federal." Se os pais estão separados e têm residência diferente, basta que o registro da opção se faça no cartório do lugar em que reside o genitor com quem reside o menor (o art. 36 do Código Civil não é invocável, se o civilmente menor tem residência própria, ou se reside com o genitor que não tem o pátrio poder). Tratando-se de mulher casada, o cartório é o da sua residência, ainda que não esteja separada judicialmente, não se podendo invocar o art. 36, parágrafo uníco.

3. *Fatos ocorridos a bordo* e *em campanha.* "Os fatos concernentes ao registro civil, que se derem a bordo dos navios de guerra e mercantes, em viagem, e no Exército, em campanha, serão imediatamente registrados" — diz o art. 31 da Lei nº 6.015 — "e comunicados em tempo oportuno, por cópia autêntica, abs respectivos Ministérios, a fim de que, através do Ministério da Justiça, sejam ordenados os assentamentos, notas ou averbações nos livros competentes das circunscrições a que se referirem.

4.

Atos ocorridos no estrangeiro. Diz o art. 32 da Lei nº 6.015: "Os assentos de nascimento, óbito e de casamento de brasileiros em pais estrangeiro serão considerados autênticos, nos termos da lei do lugar

em que forem feitos, legalizadas as certidões pelos cônsules ou, quando por estes tomados, nos termos do regulamento consular." Brasileiros domiciliados, ou não, ou estrangeiro domiciliado no Brasil, entende-se hoje (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 79). O art. 32, parágrafo único, acrescentou: "Os assentos de que trata este artigo serão, porém, trasladados nos cartórios do 1º Ofício do domicílio do registrado ou no 1º Ofício do Distrito Federal, em falta de domicilio conhecido, quando tiverem de produzir efeito no país, ou, antes, por meio de segunda via que os cônsules serão obrigados a remeter por intermédio do Ministério das Relações Exteriores." No estado atual da legislação deve-se entender: "O registro é feito no W Ofício do Distrito Federal, se se quer eficácia de ato referente a pessoa que não é domiciliada no Brasil."

§ 54. Prova do nascimento

1. Certidão. A prova do nascimento é feita, *de regra,* pela certidão do assento no Registro Civil. Todo nascimento ocorrido no território nacional deve ser declarado para registro (= comunicação clara de fato) no lugar em que se deu o parto, ou no lugar da residência dos pais, dentro de quinze dias, prazo que se amplia a três meses para os lugares distantes da sede dos cartórios (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 50, caput); salvo quanto aos índios, enquanto não-integrados, por não ser para eles obrigatório o registro, que poderá ser feito em livro próprio do órgão federal de assistência aos índios (Lei nº 6,015, art. 50, § 1º). Os menores de vinte e um anos e maiores de dezoito anos poderão requerer o registro de seu nascimento, pessoalmente e isentos de multa, enquanto aos nascidos anteriormente á obrigatoriedade do registro civil é facultado requerer, com essa isenção, o correspondente registro. Aqui, não se trata de simples declaração de fato (= comunicação clara de conhecimento), e sim de requerimento, que é manifestação de vontade *mais* comunicações de conhecimento. Aos brasileiros nascidos no estrangeiro atingem essas regras jurídicas, atendidas as normas especiais quanto aos consulados, de acordo com a Lei nº 6.015, art. 50, § 5º. Os nascimentos ocorridos no mar, a bordo de navio brasileiro, mercante ou de guerra, são registrados, logo que se dêem, de acordo com as regras jurídicas estabelecidas na legislação da marinha, observando-se o que a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, estatui sobre os registros públicos (art. 64). Em tempo oportuno, serão comunicados por cópia autêntica aos respectivos Ministérios, a

fim de que, através do Ministério da Justiça, sejam ordenados os assentamentos, notas ou averbações nos livros das circunscrições a que se referirem. Se o não forem, hão de ser declarados dentro de cinco dias a contar da chegada do navio ao local do destino, em cartório ou consulado (Lei nº 6.015, art. 51). Sob o direito anterior e no atual alude-se à entrada do navio no primeiro porto. Entenda-se por primeiro porto aquele em que há tempo para isso. Se o primeiro porto não é brasileiro e não há consulado brasileiro, ou tempo para se ir até ele, ou outro impedimento, exclui-se a esse.

Se o registro foi feito a bordo, no primeiro porto a que se chegar, o comandante tem o dever de depositar, imediatamente, na Capitania do Porto, ou, em falta, na estação fiscal, ou no consulado, se se trata de porto estrangeiro, duas cópias autênticas dos assentos, uma das quais será remetida, por intermédio do Ministério da Justiça, ao oficial do registro do lugar da residência dos pais, para o registro; ou, se fosse desconhecida, ao 1º

Oficio do Distrito Federal. Terceira cópia deve ser entregue pelo comandante ao interessado. Conferida na Capitania do Porto, na estação fiscal, ou no consulado, é instrumento hábil para se promover o registro no cartório competente (Decreto nº 9.886, arts. 64 e 65; Decreto nº 18.542, art. 79 e parágrafo único; Decreto nº

4.857, art. 79 e parágrafo único; Lei nº 6.015, art. 65, *caput)*. A expressão “transcrição” não vem do Decreto nº

9.886, art. 65; e sim dos outros Decretos, devendo entender-se ser *lapsus Iinguae.* De nascimentos só se faz registro, outrora “inscrição”. Os dois Decretos e a lei transformaram em dever do capitão o que, a respeito de terceira cópia, era dependente de requerimento do interessado.

Os nascimentos ocorridos a bordo de quaisquer aeronaves, ou de navio estrangeiro, podem ser dados a registro no cartório ou consulado do local de desembarque (Decreto nº 9.886, art. 66; Decreto nº 18.542, art. 79, parágrafo único; Decreto nº 4.857, art. 79, parágrafo único; Lei nº 6.015, art. 65, parágrafo único).

O Decreto de 1888 falava da legitimação dos pais brasileiros a

promovê-lo; repetiram-no os dois outros, e a lei.

Há de se entender, porém, que qualquer pessoa legitimada a declarar pode promovê-lo, se Brasileiro um dos pais, ou se o é a pessoa nascida. Só assim se afeiçoa à Constituição de 1988, art. 12, o que nos vem desde o velho texto de 1888.

2.

Vitalidade. O direito brasileiro só exige, para o ente humano ser pessoa, nascer com vida Se nasceu morta a criança, ou se morreu na ocasião do parto, faz-se o assento com os elementos que se conhecem, com remissão ao de óbito. Na primeira hipótese, o registro será no livro "C Auxiliar", com os elementos que couberem; na segunda, tendo a crança respirado, serão feitos s dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabiveis e remissões recíprocas (Lei nº 6.015, art. 53, § 1º e 2ª).

O registro prova os fatos cuja documentação o registro tem por fito, até que se provem serem *falsas* (=

contrárias à verdade) as comunicações de fato (comunicações de conhecimento) que nele foram insertas, ou irregular a inscrição.

3. *Dever de declaração.* São obrigados a fazer a declaração de nascimento: 1º) o pai; 2ª) em falta ou impedimento do pai, a mãe, hipótese em que o prazo para a declaração é prorrogado por quarenta e cinco dias; 39) no impedimento de ambos, o parente mais próximo, sendo maior e achando-se presente; 49) na sua falta ou impedimento, os administradores dos hospitais ou os médicos e parteiras, que tiverem assistido o parto; 59) pessoa idónea da casa em que ocorreu, se foi fora da residência da mãe; 6º) as pessoas encarregadas da guarda do menor (Lei nº 6.015, art. 52). Tratando-se de *exposto* faz-se o registro de acordo com as declarações que os estabelecimentos de caridade para exposição, em que forem depositados, prestarem, ou, se não se depositarem em tais estabelecimentos, que forem prestadas pelas autoridades ou particulares, com os prazos ordinários, a partir do achado ou entrega. As declarações hão de constar de comunicação sobre o dia, mês e ano, lugar, hora, em que foi encontrado, e idade aparente do exposto. O envoltório, roupas e quaisquer outros objetos e sinais que trouxer a criança, e possam, a todo tempo, torná-la reconhecível, serão numerados, alistados e fechados em caixa, lacrada

e selada, com o rótulo “Pertence ao exposto tal, assento de f Is.... do livro . Mediante guia em duplicata, serão remetidos ao juiz competente, para serem recolhidos a lugar seguro; recebida e arquivada a duplicata, com o conhecimento de depósito, far-se-á à margem do assento a correspondente anotação (Lei nº 6.015, art. 60, parágrafo único). Se o exposto vier acompanhado de escrito que diga qual o seu prenome, esse há de ser-lhe dado, salvo se ridículo. Os Juizes da Infância *e* da Juventude, à vista dos elementos disponíveis, devem sempre tomar a iniciativa dos registros das crianças e adolescentes abandonados, sob sua jurisdição, o que será feito com absoluta prioridade e isenção de multas, custas e emolumentos (Lei nº 6.015, art. 62; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 102, §§ U e 2ª).

4.

Conteúdo do assento de *nascimento.* O assento do nascimento há de conter: 1º) o dia, mês, ano e lugar do nascimento, e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou a aproximada; 2ª) o sexo do registrando; 39) o fato de ser gêmeo, se tal aconteceu; 49) o nome e o prenome, que forem postos à criança; 59) a declaração de que nasceu morta, ou morreu no ato ou logo depois do parto; 6º) a ordem de filiação de outros irmãos gêmeos do mesmo prenome; 79) os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, a idade da genitora do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal; 8º) os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos; 90) os nomes e prenomes, a profissão e a residência das duas testemunhas do assento, não necessariamente do nascimento (Lei n0 6.015, art. 54).

Se o declarante não indica o nome completo, o oficial lança após o prenome o nome do pai, ou, na falta, o da mãe, se conhecidos, sem óbice ao reconhecimento no ato (Lei m 6.015, art. 55, *caput;* Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 12, 1). Historicamente, disse o art. 61 do Decreto nº 9.886 (Decreto nº 18.542, art. 73; Decreto nº 4.857, art. 73): “Sendo o filho ilegítimo, não será declarado o nome do pai, sem que este expressamente o autorize e compareça, por si ou por procurador especial, para, reconhecendo-o, assinar, ou, não sabendo ou não podendo, mandar assinar a seu rogo o respectivo assento, com duas testemunhas”. Não se inseria no assento qualquer declaração que fizesse conhecida a filiação, se daí resultasse escândalo (Decreto nº 9.886, art. 59; Decreto ne 18.542; art. 74; Decreto nº4.8S7, art. 74). Se

era um dos pais que prestava a declaração, a respeito do declarante tinha de ser inserta; e assim se havia de entender o parágrafo único do Decreto nº 4.857, art. 74; "Deverá, entretanto, conter o registro o nome do pai ou da mãe quando qualquer destes for o declarante".

E.g.: a) A tinha um filho com B, casada com C; podia A declarar o nascimento do filho, omitindo o nome da mãe, para não infringir o art. 364 do Código Civil, e o registro diria que A se disse pai; b) B, casada com C, estando ausente o marido, ou impedido, por outro motivo, de comparecer, declarava ter tido filho e omitia quem era o pai (ou declarava que era de outrem que o marido); o registro havia de conter a declaração de maternidade sem se mencionar o pai.

Sob o direito atual passa-se diversamente, porquanto a Constituição Federal de 1988 proibe, no art. 227, § 6º, quaisquer discriminações relativas à filiação. Por isso, no registro dos filhos havidos fora do casamento não são considerados o estado civil ou eventual parentesco dos genitores, cujos nomes, a exemplo dos avós, hão de constar do assentamento. Ou eles comparecem pessoalmente ao Serviço de Registro Civil de Pessoas Naturais, ou o fazem por meio de procurador com poderes especificos para a efetivação do assento de nascimento. Pode apenas um deles comparecer, desde que apresente declaração de reconhecimento ou anuência do outro à efetivação do registro. Nessas hipóteses, o instrumento da procura, da declaração ou da anuência será público ou, reconhecida a firma do signatário, particular. Na hipótese de registro de nascimento sem paternidade estabelecida, havendo manifestação escrita da genitora com os dados de qualificação e endereço do suposto pai e declaração de ciência de responsabilidade civil e criminal decorrente, deverá o oficial encaminhar certidão do assento e essa manifestação declarativa da genitora ao juiz corregedor permanente do Serviço do Registro Civil.

Em juízo, ouvida a mãe e confirmada a paternidade pelo suposto pai, lavrar-se-á termo de reconhecimento, com remessa do mandado ao oficial para a correspondente averbação. Se o suposto pai desatende à invitatio, ou se nega a paternidade, serão os autos remetidos ao órgão presentante do Ministério Público, para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade (Lei nº 8.560, art. 22, § **32)** ou, se for a hipótese, os encaminhe ao órgão estatal com essa atribuição.

Os oficiais do registro civil têm o *dever* de não registrar prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus podadores. Quando o pai, ou

quem possa *dar o nome à criança,* se não conforme com a recusa do oficial, esse tem de submeter a *impugnação* ao juiz, independentemente da cobrança de quaisquer emolumentos (Lei nº 6.015, art. 55, parágrafo único). Trata-se de *impugnação* do declarante ao ato (estatal) negativo do oficial, não de dúvida desse, que deva ser suscitada *(aliter,* Código de Processo Civil de 1939, art. 345, pr. e § 32; cp. Lei ne 6.015, arts.

198-204 e 296). A decisão é mandamental, com forte dose de constitutividade; por isso mesmo, a eficácia negativa do ato negativo *(=* eficacia positiva) depende do cumprimento do mandado, e não de ter precluído a decisão. Aliás, surge a questão da mudança do prenome ridículo: de um lado, há a regra jurídica do art. 55, parágrafo único, da Lei nº 6.015, que acima se citou; do outro, o art. 58 dessa lei: "O prenome será imutável." Tem-se de ver, primeiro, qual a sorte da dação de prenome ridículo, com infração do art. 55, parágrafo único, da Lei nº 6.015; depois, qual a sorte da decisão favorável da impugnação ao ato (estatal) negativo do oficial do registro, que se recusou a lançar o prenome que lhe pareceu ridículo, se o prenome realmente o é. Só após é que se há de pôr a questão da *mutabilidade* do prenome ridículo. Quanto ao primeiro problema, a inserção do prenome ridículo, sem recusa do oficial do registro, não no faz nulo, nem anulável. O art. 55, parágrafo único, é dirigido ao oficial público, sem qualquer sanção de nulidade, ou de anulabilidade, ou, *a fortiori,* de inexistência.

Se ocorreu recusa do oficial do registro e o juiz mandou que se inserisse a declaração do nome que se deu, há decisão judicial, que preclui e se cumpre, com a sua eficácia secundária forte, que é constitutiva. Contra essa decisão não pode ir o declarante: foi o autor; e o juiz, ex *hypothesi,* decidiu favoravelmente. O Ministério Público, sim, poderia ter recorrido; da própria ação rescisória da sentença é-lhe permitido usar (Código de Processo Civil, art. 485, V), se houve infração da regra juridica, — *aliter* se apenas se disse não ser ridiculo o prenome. O menor de vinte e um anos e maior de dezoito poderia pedir o registro; pode *impugnar* o prenome que se lhe deu. Não se trata de mudança de nome, nem de ataque à coisa julgada se o juiz acolhera a impugnação à recusa do juiz. Trata-se de impugnação ao declarante, similar à feita ao oficial do registro; a coisa julgada material é só entre partes, e não pode ser oposta a quem não no foi: aquele, a quem se deu o prenome ridiculo, não foi parte; poderia ser-lhe oposta se, tendo havido a recusa quando o menor já completara dezoito anos, fora ouvido, ou assinara as declarações de assento do nascimento. Não se precisa, portanto, lançar mão de exceção ao *princípio da imutabilidade do prenome,* para se chegar ao resultado de se corrigir o prenome

ridículo (cf.

Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, 26 de novembro de 1943, 1W 101/309).

Sendo *gêmeos,* deve constar do assento especial de cada um a ordem do nascimento deles, se é conhecida. Se não no é, dirse-á no assento. Se tiverem o mesmo prenome, ou se acrescentará outro a cada um deles, ou a um só, ou se acrescentará nome diverso *(e.g.,* Manuel João, Manuel Antônio; Manuel, Manuel João; Manuel da Silva Oliveira, Manuel da Silva Gonçalves de Oliveira; Manuel Primeiro, Manuel Segundo). Cf. o art. 63 da Lei nº

6.015. A regra também concerne aos filhos de idade diferente a que se dê o mesmo prenome (Lei nº 6.015, art.

63, parágrafo único).

5. *Nascimento em campanha.* Disse a Lei nº 6.015, art. 66: "Pode ser tomado assento de nascimento do filho de militar ou assemelhado em livro criado pela administração militar mediante declaração feita pelo interessado ou remetida pelo comandante da unidade, quando em campanha. Esse assento será publicado em boletim da unidade e, logo que possivel, trasladado por cópia autenticada, ex officio ou a requerimento do interessado, para o cartório de registro civil a que competir ou para o 1º Ofício do Distrito Federal, quando não puder ser conhecida a residência do pai." "A providência de que trata este artigo será extensiva ao assento de nascimento de filho de civil, quando, em Consequência das operações de guerra, não funcionarem os cartórios locais." (art. 66, parágrafo único). E estatui no art. 31: "Os fatos concernentes ao registro civil, que se derem a bordo dos navios de guerra e mercantes, em viagem, e no Exército, em campanha, serão imediatamente registrados e comunicados em tempo opor tuno, por cópia autêntica, aos respectivos Ministérios, a fim de que, através do Ministério da Justiça, sejam ordenados os assentamentos, notas ou averbações nos livros competentes das circunscrições a que se referirem." Trata-se de assentos, e não de simples *publica* ções *de nascimentos* (tal como o que se passa com os óbitos em campanha, quando os corpos são encontrados).

6. Dúvida *do oficial quanto â declara*ção. Quando o oficial tem motivo de duvidar da declaração (= comunicação clara de conhecimento; *e.g.,* dia, mês, ano, lugar, sexo, cor, ser gêmeo, nascimento com vida

ou sem vida, ordem de filiação dos gêmeos com o mesmo prenome), pode ir à casa em que se acha o recém-nascido, ou exigir a atestação do médico ou da parteira, que haja assistido o parto, ou o testemunho de duas pessoas que não sejam os pais (ou declarantes) e tenham visto o recém-nascido (Lei nº 6.015, art. 52).

7.

Seguros e carteira profissional. A prova de idade dos segura dos e de qualidade de beneficiários, para o fim da concessão de benefícios pelos Institutos de Aposentadoria e Pensões, pode ser feita, *provisionalmen* te, pela carteira profissional (cf. Decreto-Lei nº 6.707, de 18 de julho de 1944, que entre outras regras jurídicas contém a que determina a aceitação da carteira profissional para prova do Registro Civil, nos Institutos de Previdência Social, Para fins de serviço militar, o assento de nascimento das pessoas maiores de dezoito e menores de quarenta e quatro anos, podia ser suprido mediante declaração do próprio interessado perante o oficial do registro civil do lugar de sua residência, lavrando-se termo subscrito por duas testemunhas presentes ao ato. B o que estatuia o Decreto-Lei n0 4.782, de 5 de outubro de 1942, arts. 1o 62, ab-rogado pelo Decreto-Lei nº

5.860, de 30 de setembro de 1943, publicado no Diário Oficial da União de 2 de outubro de 1943, que conferiu ao art. 348 do Código Civil a dicção de que ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro. Além disso, estabeleceu que sem prejuizo de outras penas em que haja incorrido, será expulso do território nacional o estrangeiro que fizer falsa declaração perante o Registro Civil das Pessoas Naturais, para fim de atribuir-se ou a seus filhos a naciorialidade brasileira.

Outrossim, regrou que para o efeito de prescrição da pretensão penal quanto ao declarante e testemunhas, considerar-se-á praticado no dia em que for conhecido o delito de falsidade de declaração ao oficial do registro civil.

8.

Nascimentos simultâneos ou *em prova de anterioridade.* Todo o interessado em alegar e provar que determinado direito, pretensão, ação, ou exceção lhe nasce do fato de alguém ter nascido antes de

outrem, tem ação para isso. E a ação mesma de declaração positiva da relação jurídica que se postula, ou justificação acessória. Em se tratando de disposição testamentária, se não há meio de se provar a anterioridade do nascimento de A, nem a do nascimento de B, entende-se que os dois foram favorecidos *(e.g.,* "Deixo ao filho concebido de C", e nascem gêmeos).

§ 55. Certidões dos registros públicos

1.

Prova por certidões. As certidões dos registros públicos fazem a mesma prova que os originais, como a fazem as demais certidões. Porém a verdade da certidão pode ser elidida, sem que a do original o seja, ou ser elidida a verdade do original, sem que o seja a da certidão. Dá-se o mesmo em relação à validade formal de uma e de outra. A verdade da certidão depende da verdade do original; dai poder ser fiel e não ser verdadeira, porque não no éo original. O original pode ser inexato, ou não-verdadeiro, ou exato, ou verdadeiro. No último caso, a certidão infiel é infiel e não-verdadeira. Se o registro não foi regularmente feito, para se elidir a prova da certidão fiel tem-se de elidir a prova do registro.

o registro que foi feito sem ser com as declarações dos que estão legitimados a elas, como se apenas se tomaram notas em cadernos, ou folhas de papel, sem que aqueles as lessem, depois de inscritas no livro adequado, e assinem, é nulo (Tribunal de Justiça da Bahia, 26 de setembro de 1947, *ICE* 39/527).

2.

Ações *proponíveis.* Se o registro é nulo, ou se a certidão o é, a ação constitutiva negativa precisa ser proposta, salvo se foi articulada a nulidade em reconvenção, ou em defesa, que tenha após si exame da argUição.

A espécie não se confunde com o incidente de falsidade de documentos, que concerne à existência da certidão ou do registro

(Código de Processo Civil, arts. 390-395). Nem com a retificação.

§ 56. Maioridade

1.

Maioridade e capacidade. "Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o individuo para todos os atos da vida civil" (art. 99. Tal fixação de idade, que poderia ser aos vinte e cinco, ou mais tarde, ou entre vinte e um e vinte e cinco, ou antes de vinte e um, apenas é expediente para se tornar quantitativo o qualitativo (método de sub-rogação aproximativa, R. von Jhering, *Der Besitzwille,* 150). O pensar, o querer e a consciência do dever e da responsabilidade, que se atribuem à idade, sem se saber quando se fortalecem suficientemente, não poderiam ficar à mercê de perícias, à verificação in *caso.* Dai cada sistema jurídico ter de adotar quantitativo a que ligue o qualitativo da maturidade. Já antes tivera de excluir até certa idade a capacidade (incapacidade absoluta); tem agora de pôr ponto final na incapacidade pela menoridade.

2. Cessação *da incapacidade.* Admitiu a lei cinco casos em que a incapacidade cessa antes de vinte e um anos: se há suplemento de idade (venha *aetatis),* que é efeito de sentença constitutiva; pelo fato do casamento válido; pelo exercício de emprego público efetivo; pela colação de grau cientifico em curso de ensino superior; pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria (art. 9% § 1º). Há de interpretar-se o art. 9% § 1%

como regra jurídica em cujo suporte fático há de estar a idade, *pelo menos,* de dezesseis anos: qualquer dos fatos mencionados como pressuposto suficiente há de ocorrer quando o menor tiver dezoito anos, tratando-se de suplemento de idade (art. 99, § 1º, 1); ou a idade mínima de dezesseis anos e a idade que a *lex specia lis* exija, ou lei de direito público (exercício de emprego público efetivo, colação de grau científico em curso de ensino superior), ou de direito privado (estabelecimento civil ou comercial, com economia própria). Há sempre elemento de idade no suporte fático de qualquer dos incisos.

§ 57. Suplemento de idade

1. *Pressupostos da suplementação* . O suplemento de idade ou é *a)* em virtude de emancipação pelos pais, titulares do pátrio poder. despicienda hoje a homologação pelo juiz, ou *h)* por sentença do juiz, ouvido o tutor Em ambas as espécies há de ter o menor dezoito anos cumpridos.

A emancipação é a saída do pátrio poder; a *venha aetatis* éa suplementação da idade. Jorge de Cabedo *(Practicarum Observationum sive Decisianum,* II, 217) acentuava a diferença. Domingos Antunes Portugal *(Tractatus de* Donationibus, 1, 264 s.) advertia: *Observandum est venham aetatis ab emancipatione discerni; ut* constat ex *diversitate títulorum...; quia diversis appellantur nominibus, com diflerentia nominis diversitates inducat.*

2. Pretensão à *suplementação* . O menor tem pretensão à tutela jurídica para pedir o suplemento de idade; com a prova dos dezoito anos, tem capacidade processual. Não há ação de declaração de capacidade por suplemento.

Daí a impropriedade da expressão alemã “declaração de maioridade“ *(Volljàhrigkeitserklàrung),* se a terminologia jurídica não houvesse distinguido declarar, em sentido de tornar claro, proclamar e declarar, no sentido de ação declaratória, que é o de *Jeststellen, Feststellung, Feststellungsklage.* A tradição brasileira usa de termo inequívoco:

suplemento de idade, que alude ao que o poder público, hoje só judiciário, acrescentou, *colou,* para completar os vinte e um anos. O direito, que o menor postula, é direito à constituição desse suplemento: o juiz, no regime anterior à Lei nº 2.375, de 21 de dezembro de 1954, art. 1º, tinha de conceder a *venha aetatis,* se os pressupostos estavam satisfeitos, isto é, ato emancipativo dos pais, ou audiência deles, ou do tutor, e estar o menor de vinte e um anos e maior de dezoito apto à vida civil. Há direito do menor ao suplemento de idade (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30º-34º ed., 205; 2. Oertmann, *Allgemeiner Teil,* 14; sem razão, A. von Tuhr, *Der Allqemeine Teil,* 1, 403, nota 28).

(No direito francês, há emancipação só, não suplemento de idade. Tudo se passa no plano do pátrio poder, razão por que o emancipado tem curador; não se vai ao plano da capacidade. Cf. Código Civil francês, arts 476-486.

De nenhum interesse para a interpretação do direito brasileiro foi, portanto, toda a literatura sobre aquele código e os que o imitaram.)

3.

Suplemento de idade e emancipação. Art. 99, § 1º 1, 1ª parte: a) O primeiro pressuposto para o suplemento de idade por emancipação é o ter o menor completado dezoito anos. A prova rege-se pelos princípios do registro e pelos demais. O suplemento de idade, que se concedeu com violação do art. 92, § 1º, 1, se algum dia aparece prova contrária à idade, é suscetível de impugnação, inclusive mediante *ação rescisória* da decisão — no regime em que a sentença judicial constitutiva integrativa de fundo era ineliminável — com fundamento na falsidade da prova, com a preclusão no prazo que o direito material estatui, contado de seu trânsito em julgado (Código Civil, art. 178, § 10, VIII, antes do Código de 1973, art. 495). A sentença que julgava procedente a ação rescisória, transitando em julgado, apanhava os negócios jurídicos em que figurou o menor, invocando o suplemento de idade; mas, se a causa da rescisão fora só o não ter o menor completado dezoito anos, a completação desses impedia a eficácia da sentença rescindente (cf. E. Hôlder, *Allgemeiner Teil,* 77). Era inadmissível, no direito brasileiro, que os negócios anteriores àdecisão rescindente não fossem atingidos (para o direito alemão, G.

Planck, *Kommentar,* 1, Q ed., 13; R Oertmann, *Alígemeiner Teil,* 443; L. Enneccerus, 1, 213, nota 8; A. von Tubr, *Der Aligemeiner Teil,* 1, 403; pelos atingir, O. Opet, *Das \/erwandtschaftsrecht,* 290; E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 52ª92 ed., 137, nota 9). Ou *ipso jure,* ou com a ação própria que a invocasse.

Se o suplemento de idade era pedido antes dos dezoito anos, a sentença não podia homologar a emancipação pelos pais, ou conceder o suplemento de idade, ouvido o tutor para quando o menor perfizesse os dezoito anos (G. Planck, *Kommentar* 1 @ ed., 12; O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 7; sem razão, E. Hólder, *Allgemeiner Teil,* 76; 2. Oertmann, *Aligemeiner Teil,* 9).

b) O segundo pressuposto, tratando-se de suplemento de idade por emancipação (pelos pais), é a declaração, simples eliminar de suporte fático, da emancipação, que pode ser por escritura pública, ou outra forma, inclusive por termo nos autos. A declaração de vontade dos pais, do emancipado, não lhe retirava, sob o direito anterior, o pátrio

poder, se o juiz deixava de homologar a emancipação, para lhe conferir a eficácia de *venha aetatis.*

Porque a lei brasileira não tinha, anteriormente a 1954, a *emancipatio (Comentários ao Código de Processo Civil,* de 1939,111, 2, 470): emancipação era declaração de vontade elemento de suporte fático do suplemento de idade, e tão-so isso.

c) O terceiro pressuposto era a homologação pelo juiz. Na primitiva letra do art. 99, § 1% 1, apenas se dizia:

"Por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito anos cumpridos." Daí terem entendido juizes e juristas que a emancipação produziria a *venha aetatis,* ainda sem homologação, desde que se fizesse por escritura pública. O texto era defeituoso: não só a morte do pai faz o pátrio poder ir à mãe; e chamava-se "emancipação", retirada do pátrio poder pelo próprio titular, ao suplemento de idade. Sobre-veio o Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, que estatuiu (art. 16, § 2ª): "Não se compreende nas anotações *ex officio* a de emancipação de pai ou mãe, que deverá ser homologada pelo juiz togado a que estiver sujeito o oficial competente para a anotação". O Decreto-Lei nº 4.219, de 31 de março de 1942, art. ao adaptar o Decreto-Lei nº 2.035, de 27 de fevereiro de 1940, art. 59, *e),* ao Decreto ne 4.857, estatuiu caber a juizes ali mencionados: "homologar as emancipações por concessão do pai, ou da mãe, qualquer que seja a sua forma". O Decreto-Lei nº 5.606, de 22 de junho de 1943 (art. 2ª, V), concernente ao registro civil das pessoas naturais, deu aos juizes do registro civil a competência para homologar as emancipações por concessão do pai ou da mãe, qualquer que seja a sua forma". Não se podia dizer, portanto, que o art. 16, § 2ª, do Decreto nº

4.857 fosse apenas regra jurídica posta em Decreto sem força de lei. O Decreto nº 4.857, onde inseriu regra jurídica sua (nova ou de revelação do direito então existente), ou de algum Decreto anterior (algumas o foram do Decreto nº 18.542, de 24 de dezembro de 1928), foi simples Decreto; mas algumas dessas regras não constantes de leis anteriores foram tornadas leis por Decretos-leis posteriores (e.g., os arts. 96 e 97, pelo Decreto-Lei nº

8.573, de 8 de janeiro de 1946, art. IA). Dir-se-á que os Decretos-Leis nº 4.219 e 5.606 não foram Decretos-leis *gerais.* Estávamos em tempo ditatorial e de legislação, todavia, dupla (federal e estadual), e nas duas oportunidades que se teve para o exame do art. 16, § 2ª, do

Decreto nº 4.857, aproveitou-as o Presidente da República para fazer de força legal tal regra jurídica. Ora, se entendêssemos que o art. 2ª do Decreto-Lei nº 4.219

e o art. 2ª do Decreto-Lei nº 5.606 seriam para só se interpretarem como regras jurídicas para o Distrito Federal, estariamos a atribuir à lei o ser contrária à Constituição de 1937, art. 122, mc. 1 (igualdade perante a lei), uma vez que a regra jurídica sobre ser necessária a homologação para o efeito de *venia aetatis é* de direito material, portanto da competência legislativa federal.

No art. 100 do Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, disse-se o que hoje a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, estatui no art. 89: "No cartório do 1º Oficio ou da 1ª sub-divisão judiciária de cada comarca serão registrados, em livro especial, as sentenças de emancipação, bem como os atos dos pais que a concederem, em relação aos menores nela domiciliados." Entende-se: no livro "E" do 1º Ofício do Registro Civil, se houver mais de um.

4.

Ato de suplementação. O suplemento de idade, *venia aetatis,* é ato jurídico constitutivo, pelo qual os pais, que tenham o pátrio poder, concedem a suplementação, hoje independentemente de homologação pelo juiz, ou pelo qual o juiz, ouvido o tutor e por provocação do menor, lhe suplementa a idade (diacronicamente, cf.

Decreto-Lei nº 4.219, de 21 de março de 1942, art. 2ª, e Decreto-Lei nº 5.606, de 22 de junho de 1943, art. 2ª

Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 16, § 2ª: "Não se compreende nas anotações *ex oficio* a de emancipação por outorga do pai, ou da mãe, que deverá ser homologada pelo Juiz togado a que estiver sujeito o oficial competente para a anotação"; Lei nº 2.375, de 21 de dezembro de 1954, art. IA: "A inscrição no registro público da emancipação por outorga do pai ou da mãe (Código Civil, art. 12, nº 2) não depende de homologação judicial"; Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 89: "No cartório do 1ª Oficio ou da 1ª subdivisão judiciária de cada comarca serão registrados, em livro especial, as sentenças de emancipação, bem como os atos dos pais que a concederem, em relação aos menores nela domiciliados"; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art.

148, parágrafo único, *e:* "Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de conceder a emancipação, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais"). A concessão pelo titular do pátrio poder é irrevogável (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 12 de março de 1945, *RT* 156/776; *IRF* 104/84). Todavia, o juiz podia deixar de homologá-la se argüições houvesse que, ainda feitas pelo que concedera o suplemento, mostrassem que o menor ainda não no merecesse. Essas argüições eram comunicações de fato, e não a declaração de vontade do concedente; se bem que essa se apoiasse em fatos contrários, não havia, aí, revogação. O genitor que pode conceder é o titular do pátrio poder, e somente ele (2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de agosto de 1947, *RT* 170/168). Sem a homologação pelo juiz, sob o direito antenor, era irregistável, e o registro nulo (Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Apelação de São Paulo, 23 de julho de 1943, *RT* 146/ 745; Conselho Supremo da Magistratura, 6 de março de 1947, 169/327; 6º Câmara, 6 de março de 1949, 281, 270; 1ª Camara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 16 de maio de 1946, 169/8 11; 3º Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 22 de maio de 1947, *J.,* 29/412: "Prevaleceu a opinião, sustentada por , da intervenção forçada do juiz, em todos os casos de emancipação, ainda que concedida pelos pais"; absolutamente sem razão, a sentença do juiz de Belo Horizonte, a 4 de maio de 1946, *RT* 169/812). Sem razão, disse-se que tal ato do juiz era simples exame da legitimação do concedente e do suplementado (cf. Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de junho de 1948, *RT* 175/684; 6º Câmara, 1 de abril de 1949, 180/661). Não há a exigência da escritura pública (3S

Câmara, 30 de junho de 1949, *RT* 182/191; Lei nº 6.015, arts. 89-90). Não é preciso a presença do menor, porque se trata de ato jurídico *stricto sensu* unilateral; mas, perante o juiz, o menor pode argúir que a concessão tem por fito prejudicá-lo, *e.g.,* retirar da defesa dos seus interesses o Ministério Público, em luta com o concedente. Casos concretos: o pai concedeu o suplemento de idade no penúltimo dia do prazo de recurso para que o menor não tivesse tempo de constituir advogado, ou o fizesse precipitadamente; o pai concedeu o suplemento para que o menor não tivesse a defesa do Procurador Geral da República. No suplemento por sentença do juiz, ouvido o tutor, não há qualquer discussão sobre ter o juiz o exame do caso, decidindo por seu livre convencimento (Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 7 de julho de 1939, *Ai* 52/40; 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de abril de 1939, *RT* 121/154; 1ª Câmara, 28 de outubro de 1949, 134/138; 4º Câmara, 10 de fevereiro

de 1949, quanto a suplemento de idade somente para se ver livre de cláusula de inalienabilidade). Se o menor não está sob pátrio poder, o suplemento de idade somente pode ser concedido pelo juiz, ouvido o tutor. Se o não tem, nomeia-se, para a audiência, que é indispensável (errada, a decisão do Juiz de Direito de Flôres, em Pernambuco, *AF* 23/332. que a concedeu, sem ter sido nomeado tutor).

O suplemento de idade só tem efeitos de direito privado; bem assim a cessação da menoridade pelo casamento (1ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 28 de fevereiro de 1935, *RT* 99/342).

A homologação da emancipação não era, quando exigível, integrativa de forma; era integrativa de fundo. A comunicação de conhecimento (enunciado de fato), implícita ou explicita, sobre a capacidade do menor, era suscetível de negação e de prova contrária, cabendo ao juiz as atribuições dos arts. 117 e 118 do Código de Processo Civil de 1939. Podia o juiz entrar na apreciação da inoportunidade ou temeridade da concessão, *e.g.,* se os pais, que concediam a emancipação, a ser completada, com a homologação, em *venha aetatis,* queriam fugir à prestação de contas, ou se o menor era retardado e o suplemento de idade lhe seria perigoso.

Discutia-se se a emancipação pelo titular do pátrio poder, não tendo obtido a homologação (então, confirmação), era nula *ex* omissa *forma Ieqis.* Os juristas portugueses aproveitavam o ensejo para distinguir a emancipação e o suplemento de idade *(e.q.,* Miguel de Reinoso, *Observa tiones Practicae,* 192: *Ord. verbum illud carta de graça dicitur aetatis supplementum Iicet aliqui teneant hoc ipsum aetatis suplementum corrupto vocabulo vocati emancipationem ... oppositum verius* eM *cum maxime differat illud aetatis supplementum ab ernancipatione, ut patet ex diversis titulis de his qul ven iam aetatis impetrauerunt; & de emancipatione liberorurn; quon iam diversa nomina, diversique, tractatus diversos arquunt eflectus).* No direito brasileiro anterior à sistemática introduzida pela Lei nº 2.375, de 21 de dezembro de 1954, art. 12, não havia o instituto da emancipação. O que tínhamos era o suplemento de idade. O ato de emancipação, de que fala o art. **9º,** § 1ª, *verbis* "concessão do pai, ou, se for morto, da mãe", era apenas elemento do suporte fático do suplemento de idade. Não produzia qualquer efeito antes da homologação para a suplementação de idade. Daí não ter inconveniente prático chamar-se ao suplemento de idade "emancipação : se o nome do instituto que desaparecera foi dado a outro, o único inconveniente estava na má escolha do nome. Se a emancipação, simples elemento do suporte fático do suplemento da

idade, não obtivesse a homologação, nada feito: o ato do titular do pátrio poder não entrava, sem o resto do suporte fático, no mundo jurídico; posto que, se o titular do pátrio poder, que a concedera, morresse, a homologação ainda pudesse ocorrer.

O

art. 16, § 2ª, do Decreto nº 4.857 suscitou questão de direito registrário. Nas sentenças de homologação de regra o elemento mandamental é assaz forte, para que a formalidade registrária se opere em virtude do mandamento. Há, porém, exceções: e.g., a sentença homologatória de partilha amigável, a despeito do "registre-se", com que termina, segundo a praxe, tem eficácia integrativa do negócio jurídico executivo. Não era, porém, o caso da ação de suplemento de idade por emancipação homologada (art. **9º,** § 1º, 1, 1ª parte). Essa era ação *constitutiva-mandamental,* de modo que o mandamento tinha de ser obedecido; tinha o interessado de pedir a anotação, para que a sentença tivesse efeito mandamental e esse efeito dependia do pagamento das despesas.

Quanto ad suplemento de idade por sentença do juiz (art. **9º,** § 1ª.2ª parte), também disse o Decreto nº 4.857 (art.

16, § 3º): "§ 3ª

Embora isenta de homologação, a emancipação concedida por sentença judicial será anotada às expensas do interessado." Tratava-se, como ali, de sentença constitutiva-mandamental, apenas com a diferença de não ser integrativa de forma e de fundo, como ali. Na sentença de suplemento de idade por homologação de emancipação, a eficácia constitutiva vinha do negócio jurídico da emancipação, eficácia que, com a integração sentencial, se fazia *força* da sentença. Em todos os casos, as despesas, que o interessado havia de pagar, tinham de ser satisfeitas no ato da apresentação do titulo, ou do requerimento, que podia ser escrito ou verbal (Decreto nº 4.857, art. 17). Tratando-se de suplemento da idade, segundo o art. 99, § 1º I, 1ª ou 2ª parte, só era preciso o requerimento se já não fora feito, ao se pedir o ato judicial; se o foi bastava a entrega das despesas, das quais dava recibo o oficial do registro. No regime atual, a sentença com que se opera a suplementação de idade, a exemplo dos atos dos pais com que se dá a emancipação, é registrada em livro especial, "E", do 1º Ofício ou da 1ª subdivisão judiciária de cada comarca, em relação aos menores nela domiciliados. O registro da emancipação por outorga dos pais independe de sentença homologatória, enquanto o registro da

sentença de suplementação etária, de força constitutiva, será feito a requerimento do interessado, ou como efeito mandamental que lhe é inerente, e ai é conseqüência da comunicação feita de oficio pelo juizo (Lei nº 6.015, art. 91). São gratuitos para os reconhecidamente pobres esses atos do registro civil e as respectivas certidões. O estado de pobreza será comprovado por declaração do próprio interessado ou a rogo, tratando-se de analfabeto, neste caso acompanhada da assinatura de duas testemunhas, ensejando a falsidade da declaração a responsabilidade civil e criminal do interessado (Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997, publicada no Diário Oficial da União de 11 de dezembro de 1997, que deu nova redação ao art. 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, acrescentou inciso ao art.

1ª da Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, que trata da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, e alterou os arts. 30 e 45 da Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro.).

É discutido se o menor, opondo-se à concessão do suplemento de idade, pode esse ser concedido. Estão fora de exame os suplementos de idade *ipso iure* do art. 99, 1º, ll-V, que são cessações de incapacidade sem ato estatal integrativo de eficácia de negócio jurídico ou constitutivo. Se o menor pediu, em juízo, o suplemento de idade, não há questão: a sua vontade foi expressa. Poderia, apenas, retirá-la, *desistindo* da ação (Código de Processo Civil, art. 267, VIII). Se o pai, ou a mãe, concedeu a emancipação, — se bem que a lei não no diga, — tem de ser ouvido o menor e a sua recusa há de pesar *(aliter,* se diz que "não está certo de que possa reger os seus negócios").

5.

Suplemento de idade por decisão judicial. Art. 99, § 1ª, 1, 2ª parte. *a)* O primeiro pressuposto para o suplemento de idade por decisão judicial é o da idade de dezoito anos. O menor de vinte e um anos, completados os dezoito anos, tem capacidade processual para pedir a *venha aetatis,* de acordo com os arts. 1.103-1.111 e 1.112,1, do Código de Processo Civil. *b)* O segundo pressuposto é a audiência do tutor, ou, se o menor está sob pátrio poder, do titular (pai, ou mãe). Também aqui o art. 99, § 1ª, I, 2ª parte, só se referiu ao *quod plerumque* fít: a audiência do tutor. Se o titular do pátrio poder, pai ou a mãe, está suspenso do pátrio poder, não tem de ser ouvido; se o titular do pátrio

poder está impedido de fato, havendo inconveniente, para o menor, em que se aguarde que o impedimento passe, é de dispensar-se a audiência dele. Ou tem tutor, ou se lhe nomeia *ad hoc.*

Não há ação rescisória por serem falhas as afirmações da sentença quanto a merecer o suplemento de idade o menor *(quaestio Fato,* ou por se haver enganado o pai, ou a mãe, titular do pátrio poder, concedendo a emancipação ou qualquer deles, ou o tutor, concordando com o pedido do menor.

6.

Eficácia da sentença. A *eficácia* da sentença de suplemento de idade é a mesma que teria a completação dos vinte e um anos. A sentença constitui a maioridade, portanto desconstitui a incapacidade: "a idade + a sentença" são o suporte fático, de que provêm o fato jurídico; ao passo que, no tocante á completação dos vinte e um anos, a idade mesma é fato jurídico *stricto sensu.* Extingue-se o pátrio poder ou a tutela. O suplementado pode ratificar os atos seus, praticados sem assistência do titular do pátrio poder ou do tutor, entre os dezesseis e os dezoito anos. Se o suplemento de idade produz efeitos no plano do direito público, responde a regra jurídica especial que incide na espécie. Não há resposta *a priori.* Entende-se que é ineficaz se a regra jurídica de direito público fala de vinte e um anos "cumpridos", ou "feitos", ou "atingidos", ou "completados". Aliás, assim se há de interpretar ainda que de direito civil a regra jurídica especial. Se algum negócio jurídico tem efeito dependente da maioridade de alguém, é questão de interpretação se o suplemento de idade ou algum dos fatos que fazem cessar a incapacidade equivale à completação dos vinte e um anos. Se alguém houver querido que se dê ou se faça algo e houver mencionado a idade legal, ou se houver indicado, de modo absoluto, a idade perfeita, queremos" (diz Augusto ao Senado, em 530), "que se considere haver-se entendido só aquela idade, que se cumpre por beneficio imperial. E mandamos que assim se entenda precipuamente nas substituições e restituições; e, não obstante, também nos demais negócios, salvo se especialmente alguém acrescentou (addiderit) querer que do suplemento de idade *(ex venha aetatis)* algo provenha" (L. 4, C., *de his qui venham aetatis impetrauerunt,* 2, 44). A regra jurídica romana era dispositiva, como se vê. Não temos, hoje, essa regra. Tudo se deixa à *interpretação* dos *negócios* jurídicos. As disposições testamentárias, em que se diz: "para serem entregues a E

quando maior", entendem-se quando atingir os vinte e um anos, ou quando por outra causa se tornar capaz *(aLiter,* se disse "dois meses após a maioridade"). A renda a ser paga até os vinte e um anos é de pagar-se ainda após o suplemento de idade ou a cessação da incapacidade por outro motivo (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30º-

34º ed., 206): os vinte e um anos são pressuposto necessário .

§ 58. Casamento causa extintiva da incapacidade

1.

Capacidade em virtude de casamento. No direito brasileiro, a maior de dezesseis anos e menor de dezoito é absolutamente incapaz, porém, casando-se, faz-se capaz. Idem, o varão maior de dezoito e menor de vinte e um anos. O casamento, negócio jurídico, opera como fato juridico cuja eficácia é a cessação da incapacidade. Não se pode dizer que se trate de fato jurídico *stricto sensu:* a sentença de nulidade, ou de anulação, que desconstitua o casamento, desconstitui, no plano da personalidade, o suplemento de idade que resultou do casamento, *ipso iure;* com ela tem-se de cancelar a anotação que foi feita, mediante requerimento ao juiz, que a proferiu, para que oficie, após o cancelamento do registro do casamento, ou ao próprio juiz do registro, com as certidões da sentença desconstitutiva do casamento e do cancelamento do registro do casamento. (Sobre a ação declarativa, com invocação do art. 99, § 1º ll-V, (Comentário *ao Código de Processo Civil,* de 1939, III, 2, 470 e 479) 2.

Natureza da sentença a respeito. A sentença que aprecie, incidentemente, ou em ação autônoma , de modo favorável, o suplemento de idade, com fundamento no art. 99, § 1ª, II, é sentença *declarativa-mandamental.* O

seu elemento constitutivo é mediato e se aplica, por exemplo, em pedidos de reconsideração, reexame, ou rescisão de decisões que exigiram assistência de pai, mãe, ou tutor, ou decretaram, como fundamento em incapacidade, a anulação de atos jurídicos do suplementado *ipso iure.*

3.

Putatividade do casamento. A declaração de putatividade (Código Civil, art. 221), ao se conhecer da anulação ou da nulidade do casamento, tem o efeito de deixar cessada a incapacidade.

4. *Casamento precipitado.* Os menores de dezoito anos ou dezesseis anos, respectivamente, que casaram para evitar pena criminal, ou não, entendem-se capazes ao atingirem a idade de dezoito anos (art. 183, XII), independente de qualquer outro fato (3º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 10 de dezembro de 1937, *RT* 112/554): há apenas, na espécie, inversão, no tempo, da ordem dos elementos do suporte fático do art. 99, §

3), li (em vez de idade de dezoito ou dezesseis anos e casamento, casamento e idade de dezoito ou dezesseis anos). Basta o casamento religioso, se registrado no registro civil (Constituição de 1988, art. 226, § 2ª Lei n0

6.015, arts. 71-75; cf. 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de julho de 1945, *RT* 158/233). Se ao casamento foi decretada nulidade, ou anulação, é como se não tivesse havido: a cessação da menoridade não se deu. *Aliter,* se declarado putativo.

§ 59. Emprego público efetivo e cessação da incapacidade

1.

Pressupostos da cessação de incapacidade. O emprego público efetivo supõe que o ocupante do cargo esteja submetido a alistamento eleitoral e a voto obrigatórios (dezoito anos, pelo menos, Constituição de 1988, art. 14, § 1º, 1). Daí já se tirar que o emprego público efetivo" é apenas elemento de suporte fático (emprego público efetivo + pelo menos dezoito anos + ser eleitor). O voto é obrigatório, salvo as exceções previstas em lei (Constituição de 1988, art. 14, § 1º II, *a),* b), *e)).* Não importa se o emprego público efetivo é federal, estadual, ou municipal. Não se trata de fato jurídico *stricto senso:* decretada a nulidade, ou anulação, da nomeação, ou do ato de posse do cargo, o efeito *anexo,* que é o do art. 99, § I-, III é como se não se houvesse

produzido. A reintegração, em ação rescisória, tem o efeito de efetivação, no passado, e pois o efeito anexo *ex tune.*

2.

Capacidade política e capacidade civil. O art. 99, § 1º, III, proveio de emenda do deputado Fausto Cardoso, que restaurou o direito anterior (Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis,* art. 202 e notas; Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direitos de Família,* 222 5.; contra a emenda, Clovis Bevilacqua, *Em Defesa,* 349-355, hostil a todas as regras jurídicas dos incisos III a V). Certamente, de *leqe ferenda* e *de leqe lata* (Constituição de 1988, art. 14, § 1º, 1 e II, comparado com o art. 9, § 1º, III, do Código Civil), é falso o princípio da correspondência necessária entre a capacidade "política" e a civil (sem razão, Teixeira de Freitas, nota 5 ao art. 202 da Consolidação; Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direitos de Família,* 223 s., nota 2); porém uma coisa é votar, e outra ser habilitado para exercer cargo público efetivo. Quanto ao serviço militar (sem investidura em cargo público efetivo), o Decreto-Lei nº 9.500, de 23 de junho de 1946, apenas fizera mais relativa a incapacidade relativa dos que completaram dezessete anos; abrogado pela Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964, art. 81, nela inseriu-se regra jurídica parelha à do Decreto-Lei: "Para efeito do serviço militar, cessará a incapacidade civil do menor, na data em que completar 17 (dezessete) anos." Há capacidade, *dentro* do que é a esfera jurídica do que está a prestar serviço militar, não para os atos que estão fora (e.g., venda de imóveis).

Todos os atos de disposição que sejam dentro do que percebe e recebe do pai, mãe, ou tutor, pode ele praticar.

Não *há, aí, cessação da incapacidade relativa;* há mais alguns itens aos que cogitam dos atos que o relativamente incapaz pode praticar. Passava-se o mesmo a respeito da movimentação de depósitos na Caixa Econômica , que não tivessem, está entendido, cláusula de idade (Decreto nº 24.427, de 19 de junho de 1934, art.

53: "A mulher casada sob qualquer regime e os menores de mais de dezesseis anos de idade poderão fazer e movimentar depósitos nas Caixas Econômicas, independentemente de quaisquer autorizações"; com força de lei, em virtude do art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934).

3. Os *arts.* 99, § *1º, III, 391, II.* Não há contradição entre o art. 99, § 1º, 111, e o art. 391, II, no qual se excluem do usufruto e da administração do pai, ou da mãe, titular do pátrio poder, o que o filho adquire em serviço militar, de magistério ou outra função pública (sem razão, Clovis Bevilacqua, *Código Civil comentado,* 1, 196): nem a toda função pública corresponde emprego público efetivo; só esse tem a eficácia de fazer cessar a incapacidade.

A interinidade no emprego público não basta. Nem o exercício efetivo de emprego público, se a nomeação foi anulada, ou é nula.

O serviço militar não tem efeito de suplementar idade, nem o tinha no velho direito (Ordenações Filipinas, Livro III, Titulo 9, § 3, e Livro IV, Titulo 83, § 1; Antônio Mendes Arouca, *Adnotationes Practicae,* 1, 387; Tomé Vaz, *Allegationes super varias materias,* 138 a; Alvaro Valasco, *Decisionum Consultationum,* II, 261 " quia milita non liberat a patria potestate").

4. *Cessação* ipso iure. O pressuposto do art. 99, § 1º, III, opera *ipso iure.* Qualquer ação para aplicar a regra juridica, que aí se contêm, seria apenas declarativa: houve ou não houve a investidura em cargo público efetivo, com a conseqúente cessação da incapacidade. Se houve investidura, tem-se de propon antes, a ação constitutiva negativa, de modo que, eliminado o elemento do suporte fático, se declare que a regra jurídica do art. 99, § 1º, III, não incidiu e, pois, não se produziu a relação jurídica de cessação de incapacidade.

§ 60. Grau científico em curso de ensino superior e cessação de incapacidade

1. *Eficácia anexo.* Aqui, como a propósito do casamento e do emprego público efetivo, trata-se de eficácia anexa.

A colação de grau entra no suporte fático da regra do art. 99, § 1º, IV, como elemento, ao lado da idade de *pelo menos* dezesseis anos (art. 6º, 1). Se a lei permitisse colação de grau científico (não-artístico, nem literário), em curso de ensino superior, a maior de dezesseis anos e menor de dezoito anos, cessar-lhe-ia a incapacidade; à semelhança do que ocorre com o casamento da menor de dezoito anos e maior de

dezesseis.

Os cursos de escola normal não se tinham como cursos de ensino superior (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 18 de dezembro de 1945, *RT* 161/713), como não se têm os cursos de ensino fundamental e médio.

Os cursos de farmácia, em escolas de ensino superior, são cursos de ensino superior (sem razão, a 1ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 26 de agosto de 1935, 101/360). Salvo se não se dá o grau científico.

A Constituição do Império do Brasil, art. 92, permitia o voto aos "bacharéis formandos"; dai tiraram Teixeira de Freitas e Lafaiete Rodrigues Pereira que a "colação de graus acadêmicos" tinha o efeito de fazer cessar a incapacidade. Era um tanto forçado, mas tal foi o direito anterior, a despeito das críticas.

2. *Eficácia* ipso iure. O pressuposto do art. 99, § 1º, IV, opera *ipso iure.* A ação, a respeito, seria apenas declarativa: houve ou não houve a colação de grau científico em curso de ensino superior, com a conseqúente cessação da incapacidade. A ação declarativa negativa, se *colação houve,* tem de ser precedida da ação constitutiva negativa para decretação da nulidade ou anulação da colação.

§ 61. Estabelecimento civil ou comercial, com economia própria, e cessação da incapacidade

1.

Origens da regra jurídica. Disse o art. 99, § 1º que cessará para os menores a incapacidade: V. Pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria. Meio Freire *(Institutiones,* II, 104 s.) considerava-o causa de cessação do pátrio poder, por *uso moderno,* e recorria à figura de *emancipatio tacita,* de modo que se permitia a vontade contrária do pai (satis enim est quod non contradicat, ut statim emancipatus videatur). Com ele, Teixeira de Freitas *(Consolidação das Leis Civis,* art. 202, § 4º) e Lafaiete Rodrigues Pereira

(Direitos de Família, 223). Contra MeIo Freire, Manuel de Almeida e Sousa (Notas *de uso prático,* II, 224 s.). O problema não estava *a)* em se saber se os doutores haviam deduzido, acertadamente, dos textos romanos a emancipação tácita com economia separada; e sim *b)* em se saber se o reino de Portugal a havia recebido como uso *moderno* (emancipação consuetudinária). A resposta não tinha de ser *c)* para a emancipação tácita, a presumida (prescricional) e a emancipação por economia própria, consuetudinária, e sim separadamente. Manuel de Almeida e Sousa tomou as atitudes *a)* e c), erradas, para quem discutia de i *ure condito.* Num ponto, tinha ele razão (II, 229) contra MeIo Freire: não ser caso de emancipação, e sim de perda do pátrio poder a economia separada. Como se vê, não estava em causa a suplementação da idade.

A menoridade cessa, *automaticamente,* pelo estabelecimento civil, ou comercial, com economia própria (Supremo Tribunal Federal, 26 de abril de 1924, *RSTF* 73/102). Dai presumir-se maior (presunção *hóminis),* quem está em tal situação (Tribunal de Apelação de São Paulo, 31 de outubro de 1938, *RT* 117/565); *se* é menor de dezoito anos, a cessação da menoridade não se operou, e pode ser dada a prova, *incidenter,* ou em ação declaratória, ou, como questão prévia, em ação de nulidade ou anulação, contra a presunção.

2. *"Usos modernos".* A vontade contrária do pai é inoperante. A omissão de alusão a ela, pelo art. 99, § 1º, V, é de toda a relevância. Havia divergência entre os diferentes *usos modernos* das nações da Europa: umas exigiam o consentimento do pai; outras prescindiam dele; outras permitiam a oposição pré-excludente. O Código Civil, art.

99, § 1º, V, nada disse, nem precisava dizer Não se trata de suplementação tácita de idade, ou, sequer, de emancipação tácita. Não é preciso que o filho saia da casa do pai, com ou sem o consentimento: abstrai-se de qualquer vontade; *a fortiori,* seria contra a letra da lei que se exigisse a separação total de "casa, família e mesa", de que falavam os escritores do uso de moderno de algumas nações.

§ 62. Fatos deficitantes da capacidade

1.

Capacidade de direito, capacidade de ato e capacidade de atos jurídicos lícitos (cf art. 81). Todo ser humano nasce capaz de direito e, desde a concepção, o sistema jurídico tutela os seus interesses, a fim de que, nascendo, adquira o que teria adquirido se já nascido fosse ao tempo da concepção. Porém todos nascem incapazes para qualquer ato, lícito ou ilícito, de ordem privada, ou de ordem pública, isto é, nascem sem capacidade delitual, ou para atos jurídicos lícitos ou ilicitos. Quando tal incapacidade de obrar há de cessar, dizem-no as leis, e nenhum princípio superior de direito estabelece que o legislador tenha de fixar a mesma idade para capacidade de direito público e para capacidade de direito privado, nem para capacidade concernente aos atos ilícitos e para capacidade concernente aos atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos. Quanto aos fatos jurídicos e aos atos-fatos jurídicos, não há pensar-se em incapacidade: uma vez que se não exige vontade, seria absurdo exigir-se discernimento. As leis penais é que determinam o começo da capacidade, bem como as penalidades e medidas concernentes aos menores de certa idade. Quando o art. 59 do Código Civil diz que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos que não puderem exprimir a sua vontade, nada exprime quanto à capacidade delitual: somente pelo art. 156 se sabe que o menor de dezesseis anos não assume qualquer obrigação pelos atos ilícitos em que for apontado como causador. Quanto aos loucos, é princípio geral de direito que não podem ser obrigados por tais atos. Quanto aos surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade, hão de ser considerados como os loucos, salvo prova em contrário. Também se refere o art. 59, IV, aos ausentes, declarados tais por ato do juiz, porém tais pessoas são responsáveis pelos atos ilícitos que praticarem, pois que, praticando-os, de tal modo se situam, ainda no lugar em que foram declarados ausentes, que não cabe a eficácia da sentença que os considerou em ausência. Não importa se o ato ilícito é absoluto, ou se é relativo. Se o ausente, declarado tal por ato do juiz, apareceu e destruiu a coisa, que era devida por ele, praticou ato ilícito relativo, expondo-se às conseqüências do art. 887. A incapacidade absoluta supre-se de acordo com as regras insertas na Parte Especial do Código Civil.

2.

Incapacidade por alguma causa psíquica. As enfermidades psíquicas, a debilidade mental e defeitos psíquicos atingem o conhecimento, o sentimento e a vontade, de modo que o direito teve de atender a que o homem, pessoa física, nem sempre pode — como seria de esperar-se, se tal *quid* não existisse — manifestar conhecimento, sentimento e

vontade. Donde ter-se de pré-excluir a imputabilidade e a validade dos atos jurídicos, se grave o défice psíquico. Então, a incapacidade começa *ipso iure,* indo o direito brasileiro à atitude, até certo ponto radical, de excluir que os chamados *lucida intervaíla* possam dar margem à imputação e à validade dos atos jurídicos. A respeito de tais pessoas, a interdição não é criativa da incapacidade absoluta: preexiste essa, e a interdição contém elemento de eficácia declarativa. A internação, só por si, não declara, nem constitui: é apenas medida preventiva, ou médica, que se rege pelos princípios de polícia psíquica e de profilaxia ou proteção da pessoa deficitária. Contudo, o sistema jurídico brasileiro conhece distinção entre absolutamente incapazes, por falta de saúde ou integridade mental, e relativamente incapazes, para os quais só a interdição tem a conseqüência de fazer iniciar-se a incapacidade. Por mais difícil que seja traçarem-se limites entre elas, o direito brasileiro adotou a distinção. O que se tem por louco (= sem poder de determinar livremente a vontade de comunicar, com exatidão, as representações e os sentimentos), é absolutamente incapaz. O que não no é, ou é relativamente incapaz, ou é capaz. Psicologicamente, há, portanto, três classes.

Para o relativamente incapaz por falta de idade, ou de saúde psíquica, o direito brasileiro tem trato jurídico diferente. E preciso a interdição, para que se estabeleça a incapacidade; e os atos jurídicos, que tal pessoa pratique, são anuláveis, e não nulos. Para a distinção entre os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes, tem-se de apreciar a atividade volitiva, cognoscitiva *e* sentimental de tais pessoas, e não as causas patológicas e as manifestações exteriores, visíveis, mas superficiais. O critério é o da eficiência da atividade de tais pessoas *na vida.* Por isso mesmo, os peritos apenas dizem o que observam e o que podem enunciar sobre o estado psíquico. Ao juiz, concluir, dizendo se há incapacidade e se a incapacidade é *absoluta* ou *relativa.* Tais pessoas têm de conduzir-se na vida, em relações de ordem patrimonial, moral e política. Daí a necessidade de ver-se até que ponto lhes seria prejudicial e à sociedade a capacidade. No direito brasileiro, não há a curatela voluntária; a curatela resulta da interdição. Somente a curatela do nascituro não supõe que tenha havido interdição.

3. *Incapacidade relativa.* São incapazes, relativamente aos atos jurídicos *stricto sensu* e aos negócios jurídicos, os maiores de dezesseis anos e menores de vinte e um, os pródigos e os silvícolas. Tais menores podem obter, aos dezoito anos, plena capacidade, por cessação em

virtude de suplemento de idade, ou *ex lege.* São eles capazes, no tocante aos atos ilícitos absolutos. Resta saber se o são também quanto aos atos ilícitos relativos. O

art. 156 só se refere aos atos ilícitos absolutos; porém, *a fortiori,* os atos ilícitos relativos praticados pelos menores de que trata o art. 6º, 1, são atos de pessoa capaz. Os pródigos e os interditos toxicômanos ou intoxicados habituais por entorpecentes, por inebriantes em geral ou bebidas alcoólicas, se equiparados, *in casu,* aos relativamente incapazes (Decreto-Lei nº 891. de 25 de novembro de 1938, art. 29), têm capacidade delitual e para os atos ilícitos relativos. Quanto aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos *stricto sensu,* o pródigo só fica privado de praticar os atos de que cogita o art. 459; e os outros incapazes, relativamente, só o são para os ne-gócios jurídicos e os atos jurídicos *stricto sensu* quando precisarem da assistência do tutor ou do curador (art. 7º:

"Supre-se a incapacidade, absoluta ou relativa, pelo modo instituido neste Código, Parte Especial."). Quanto aos silvícolas, ou ainda se acham sob *regime tutelar,* que é estabelecido pelo direito administrativo, ou já foram incluídos em centros agrícolas, ou vivem promiscuamente com civilizados (art. 6º, § 1º) *4. Silvícolas.* Os silvícolas estão sob a tutela do Estado. O direito material regra sua situação jurídica, assim como das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como suas condições peculiares. Nesse sentido, cumpre à União, aos Estados Federados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos, estender aos índios os benefícios da legislação comum, sempre que possível a sua aplicação; prestar-lhes assistência, enquanto não-integrados à comunhão nacional; respeitar, ao proporcionar-lhes meios para o seu desenvolvimento, as peculíaridades inerentes à sua condição; assegurar-lhes a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência; garantir-lhes a permanência voluntária no seu *habitat,* proporcionando-lhes ali recursos para seu desenvolvimento e progresso; respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacio nal, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes; executar, sempre que possível mediante a colaboração dos índios, os programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas; utilizar a cooperação, o

espírito de iniciativa e as qualidades pessoais do índio, tendo em vista a melhoria de suas condições de vida e a sua integração no processo de desenvolvimento; garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes; garantir-lhes o pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face da legislação lhes couberem.

Segundo o que se define no direito objetivo, índio, ou silvícola, é todo individuo de origem e ascendência pré-

colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional, enquanto a comunidade indígena, ou grupo tribal, se apresenta como um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

Os índios são considerados *isolados* quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; *em vias de integração,* quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; *integrados,* quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

A medida que ainda não-integrados à comunhão nacional, os índios e as comunidades indígenas ficam sujeitos a regime jurídico tutelar, sendo-lhes reconhecidos sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, com incumbência da União quanto à sua demarcação (cf. Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, que traça as regras procedimentais quanto à demarcação das terras indigenas), proteção e respeitabilidade (Constituição Federal de 1988, art. 231).

Nesse regime protectivo aplicam-se os princípios e regras jurídicas da tutela de direito comum, independendo, todavia, o exercício da tutela

da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

Nessa diretriz, *v.g.,* são nulos os atos praticados entre o índio não-integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente, salvo se o índio revela consciência e conhecimento do ato praticado, que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos.

Qualquer índio poderá pedir no Juízo competente a sua liberação desse regime tutelar, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde tenha idade mínima de vinte e um anos, conhecimento da língua portuguesa, habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional, e razoável compreensão de seus usos e costumes.

Diante da *res in iudicium deducta,* após instrução sumária e oitiva dos órgãos de assistência ao índio e do Ministério Público, o juiz decidirá, com registro da sentença concessiva no registro civil. Satisfeitos esses pressupostos, o órgão de assistência poderá, a pedido, reconhecer ao índio, mediante declaração formal, a condição de integrado, cessando toda limitação à sua capacidade, desde que, homologado judicialmente o ato, seja registrado no registro civil.

A emancipação da comunidade indígena e de seus membros, quanto ao regime tutelar, poderá ser decretada pelo Presidente da República, desde que requerida por sua maioria e comprovada, em inůérito realizado pelo órgão federal competente, a plena integração na comunhão nacional.

Os nascimentos, casamentos civis e óbitos dos índios não-integrados serão registrados a pedido do interessado ou da autoridade administrativa competente de acordo com a legislação comum, atendidas as peculiaridades de sua condição quanto à qualificação do nome, prenome e filiação.

No órgão competente de assistência, há livros próprios para -o registro administrativo desses nascimentos e óbitos, da cessação de sua incapacidade e dos casamentos contraídos segundo os costumes tribais.

Acerca das condições de trabalho, não pode haver discriminação entre trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, aplicando-se todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e de previdência social, permitida a adaptação de condições de trabalho aos usos e costumes da comunidade a que pertencer o índio.

O sistema jurídico tem por nulo o contrato de trabalho ou de locação de serviços em que sejam figurantes os índios *isolados.* Quanto aos indígenas em processo de integração ou habitantes de parques ou colônias agrícolas, esses negócios jurídicos dependerão de prévia aprovação do órgão de proteção ao índio, obedecendo, quando necessário, a normas próprias. Em qualquer caso de prestação de serviços por indígenas não-integrados, o órgão de proteção ao índio exercerá permanente fiscalização das condições de trabalho, denunciando os abusos e providenciando a aplicação das sanções cabíveis.

De acordo com o que a Constituição Federal de 1988 estatui no art. 231, § U, são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por ele habitadas permanentemente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias á sua reprodução física e cultural, segundo usos, costumes e tradições.

Essas terras destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos, não podendo ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que lhes restrinja o exercício pleno pela comunidade indígena ou pelos silvícolas. Os direitos sobre elas são inalienáveis e indisponíveis, assim como imprescritíveis as correspondentes pretensões e ações.

É assegurado, ademais, o respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas, seus valores artísticos e meios de expressão, estendendo-se à população indígena, com as necessárias adaptações, o sistema de ensino em vigor no País. Sua alfabetização far-se-á na língua do grupo a que pertençam, e em português, salvaguardado o uso da primeira.

A educação do índio será orientada para a integração na comunhão nacional mediante processo de gradativa compreensão dos problemas gerais e valores da sociedade nacional, bem como do aproveitamento

das suas aptidões individuais. A assistência aos menores, para fins educacionais, será prestada, quanto possível, sem afastá-los do convívio familiar ou tribal (Cp. Decreto nº 26, de 4 de fevereiro de 1991, que regra a educação indígena no Brasil.).

Será proporcionada ao índio a formação profissional adequada, de acordo com o seu grau de aculturação. Nessa diretriz, o artesanato e as indústrias rurais serão estimulados, no sentido de elevar o padrão de sua vida com a conveniente adaptação às condições técnicas modernas.

Têm eles direito aos meios de proteção à saúde facultados à comunhão nacional (Cf. Decreto nº 1.141, de 19 de maio de 1994, que estatui sobre as ações de proteção ambiental, saúde e apoio às atividades produtivas para as comunidades indígenas.). Na infância, na maternidade, na doença e na velhice, deve ser assegurada ao silvicola, especial assistência dos poderes públicos, em estabelecimentos a esse fim destinados. O regime geral da previdência social será extensivo aos índios, atendidas as condições sociais, econômicas e culturais das comunidades beneficiadas.

Quanto à capacidade criminal, havendo condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola. As penas privativas de liberdade consistentes em reclusão e detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado.

O Ministério Público, sob o direito anterior, somente intervinha quanto aos silvícolas colocados em centro agrícola, ou incorporados à civilização; quanto aos outros, toda proteção era administrativa, como função das inspetorias (Supremo Tribunal Federal, 13 de julho de 1921, *RSTF,* 41/4; cf. RT 30/460). No direito atual, incumbe essa intervenção do órgão do Ministério Público como *custos legis* em todos os atos processuais pertinentes às ações de direito material em que, na *res in judicium deducta,* haja direitos e interesses dos índios, suas comunidades e organizações (Constituição Federal de 1988, art. 232). Nenhuma medida judicial será concedida em límine nas causas que envolvam interesse de silvicolas ou do Patrimônio Indígena, sem prévia audiência da União e do órgão de proteção ao índio.

§ 63. Capacidade quanto a atos ilícitos absolutos

1. *Capazes e incapazes.* Têm capacidade para atos ilícitos absolutos, dita capacidade delitual, todos os seres humanos, qualquer que seja a nacionalidade, a raça, o sexo, ou a procedência. Todavia, para haver o ato ilícito, é preciso que não haja incapacidade absoluta, no sentido do art. 52ª O art. 52 não se refere á incapacidade delitual; a incapacidade delitual só está prevista no art. 156, *ex argumento.* Diz o art. 156: „O menor, entre dezesseis e vinte e um anos, equipara-se ao maior, quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado.

Quanto aos outros relativamente incapazes não se precisava inserir no Código Civil qualquer regra jurídica. Os silvícolas têm capacidade delitual, como os civilizados. Tem-na o pródigo. A mulher casada não é incapaz, a despeito da antiga redação do art. 6º II, que foi imperfeição do Código Civil, que o Código de Processo Civil de 1939, arts. 80-83, corrigiu. São incapazes, quanto a atos ilícitos absolutos: *a)* os menores de dezesseis anos (Código Civil, arts. 156, ex *argumento); b)* os loucos, interditados ou não (arg. ao art. 52, II, e 159).

Não há incapacidade delitual relativa. Ou se é totalmente incapaz, ou não se é incapaz. A interdição plena dos toxicômanos ou dos intoxicados declara-lhes a incapacidade delitual (DecretoLei nº 891, de 25 de novembro de 1938, arts. 29 e 30); mas a sua interdição limitada não pré-exclui a alegação e prova de que eram absolutamente incapazes no momento de praticarem atos ilícitos absolutos. No direito penal, há atenuabilidade da pena, em caso de perturbação da saúde mental, ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, se o acusado, ao tempo do ato criminal, positivo ou negativo, não tinha a plena capacidade de entender o caráter criminoso do ato, ou de se determinar conforme esse entendimento (Código Penal, art. 26, parágrafo único); mas tal distinção é totalmente estranha ao direito privado.

2.

Interdição e incapacidade delitual. Se alguém foi interditado, entende-se que a interdição concerne à sua capacidade para atos jurídicos stricto *sensu* e negócios jurídicos; não, para a sua capacidade de atos ilícitos

absolutos. De modo que, se o interdito comete o crime, ou pratica o ato ilícito absoluto, se tem de alegar e provar que ele é incapaz delitualmente, pois a carga de constitutivídade e de declarativídade, que tem a sentença de interdição, somente concerne aos atos lícitos *lato sensu* (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, § 86, nota 2, 208). Não há interdição que crie incapacidade; apenas *declara* existir a incapacidade para atos juridicos e *constitui* a situação para as medidas pertinentes e o respectivo tratamento jurídico.

3. *Interdições.* Neste Capitulo somente pudemos tratar da interdição como elemento do suporte fático. O assunto mais interessa à matéria das nulidades e anulabilidades e ao direito de família. Mais uma vez se deve frisar que as regras jurídicas sobre capacidade, que se acham nos arts. 59 e *6º* do Código Civil e na legislação sobre toxicômanos e outros intoxicados, nada têm com a capacidade delitual, nem com os atos-fatos jurídicos, razão por que, se o incapaz é credor, o pagamento feito a ele é eficaz e, se o devedor pagou ciente da incapacidade, somente pode pedir aquilo com que o incapaz se beneficiou: pagamento é ato-fato jurídico. Por isso mesmo, é eficaz o pagamento que o absolutamente incapaz ou o relativamente capaz faz, se é devedor. Há grande diferença entre a interdição do absolutamente incapaz e a interdição do relativamente incapaz. A eficácia da sentença de interdição por loucura ou surdo-mudez, ou por plena incapacidade, resultante de intoxicação, é constitutiva-declarativa, com forte carga de mandamento; nas interdições por incapacidade relativa, o elemento declarativo é menor, simples questão prévia, aumentando a carga mandamental, por existir curador provisório desde a sentença, ou antes dela (Código de Processo Civil, art. 1.183, parágrafo único, e art. 273).

Interdição é o procedimento judicial pelo qual se declara extinta a capacidade de atos jurídicos, inclusive atos ilícitos, ou se reduz tal capacidade. Ali, o elemento declaratório é maior. O exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres são atingidos pela incapacidade absoluta, *ipso iure;* o exercício de outros direitos e o cumprimento de certos deveres é atingido, na interdição por incapacidade relativa, *ex nunc,* por força da sentença interdicional.

Na interdição por prodigalidade, atende-se a que há gastos imoderados, sem motivo social, ou ético, que os justifique, e o estado patológico, embora exista, não basta à interdição por loucura. Não alcança o passado, inclusive aqueles atos em que se manifeste a

prodigalidade. Pode haver dolo do outro figurante. A sentença é constitutiva-declarativa.

A decisão que reforma a sentença de interdição, por não haver incapacidade absoluta, faz coisa julgada sobre esse ponto, pela carga de eficácia declarativa, que nela se contém, e por ser ela mesma declarativa. Os atos jurídicos anteriores, que a declarativiidade, que há na sentença de interdição (que é constitutiva), apanharia, e seriam nulos, foram e são, declaradamente, válidos.

4.

Pessoas com poder de disposição limitada. As mulheres casadas e os homens casados sofrem limitações no poder de dispor e de praticar atos juridicos, em virtude da sociedade conjugal. Os arts. 235-239, 242-255 não chegam a ser regras de incapacidade, como não é regra de incapacidade a que cerceia ou subordina o poder de dispor dos comuneiros e dos sócios. Tampouco é incapaz o falido (Supremo Tribunal Federal, 5 de agosto de 1922, *RSTF* 69/342).

5.

Tutela de terceiros. No sistema jurídico brasileiro, não há princípio que proteja os terceiros de boa-fé, com sacrifício dos incapazes. Apenas o art. 155 diz: "O menor, entre dezesseis e vinte e um anos, não pode, para se eximir de uma obrigação, invocar a sua idade, se dolosamente a ocultou, inquirido pela outra parte, ou se, no ato de se obrigar, espontaneamente se declarou maior." Tem-se procurado atribuir ao art. 510 que reconhece ao possuidor de boa-fé o direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos, o caráter de regra de tutela do terceiro.

Sem razão, porque o art. 510 apenas se refere a efeitos da posse. O mesmo raciocínio cabe quanto ao possuidor de boa-fé, que não é responsável pela perda ou deterioração da coisa a que não deu causa (art. 514) e quanto ao direito a indenização das benfeitorias necessárias e úteis e ao *ius taílendi* das voluptuárias, quando exercível sem detrimento da coisa, bem como quanto ao direito de retenção (art. 516). Insustentáveis, portanto, o acórdão da 34 Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 17 de junho de 1948 *(J.*

30/401), e o da 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a

24 de abril de 1939 *(RT* 119/568).

6.

Eficácia declarativa da sentença interdicional. O elemento de eficácia imediata declarativa, que há na sentença de interdição, alcança todo o tempo que se declara ter sido de incapacidade (eficácia *ex tunc),* ao que chamam, menos rigorosamente, efeito retroativo *(e.g.,* Supremo Tribunal Federal, 13 de dezembro de 1938, RT

8/487, 15 de julho de 1939, DJ 18/385). Se a sentença aprecia alguns atos anteriores e considera incapaz o interditado já ao se tratar do primeiro deles, todo o tempo que vem após ele é coberto pela declaração de incapacidade; porém a sentença não faz coisa julgada para declarar que, antes dele, a pessoa era capaz, salvo se outros atos, anteriores, foram apreciados e houve conclusão sentencial sobre a inexistência, então, da incapacidade. Afastaram-se dos princípios, lamentavelmente, alguns julgados; por exemplo: o Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 9 de janeiro de 1939 *(J* 14/231), admitiu, contra o direito brasileiro, intervalos lúcidos e loucura transitória; a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 10 de julho de 1947

(29/416), entendeu que a pessoa só se torna incapaz ,legalmente, na data da interdição; a 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de abril de 1939 *(RT* 119/568), fez depender da má-fé do outro contraente a decretação da nulidade do negócio jurídico do absolutamente incapaz, o que é absurdo; a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 17 de junho de 1948 DJ 30/40 1), condenou o incapaz a que restituisse quantias recebidas pelo absolutamente incapaz. Não se protegem as pessoas de boa-fé em seus negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto senso* com absolutamente incapazes, ainda que não seja visível ou discernível a incapacidade (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 39º ed., § 141, aumento de Hans CarI Nipperdey a nota 2). O que tratou com ele tem, apenas, a ação de enriquecimento injustificado contra o incapaz, mas tem de restituir todo o recebido. O art. 158 só se refere às anulações. O art. 157 éque rege a espécie, porque, aí, “obrigação anulada” é o ato jurídico cuja nulidade ou anulação foi decretada. O art. 157 supõe nulidade ou anulação do ato jurídico; o art.

936 supõe ato jurídico válido, portanto ato jurídico de pessoa capaz, ou de incapaz representado, ou assistido, e pagamento (ato-fato

jurídico) ao incapaz.

§ 64. Capacidade para comerciar

1.

Conceito. A capacidade para comerciar, de que se há de tratar, é capacidade de exercício. Capacidade para comerciar, de direito, todas as pessoas físicas o têm, e todas as pessoas jurídicas, respeitadas limitações oriundas de regras jurídicas constitucionais. Não há, porém, direito de personalidade concernente à atividade comercial, como pretendera Karl Gareis *(Lehrbuch,* P ed., 56; *Grundriss,* 20) e F. Alsamer *(Zur Kritik der Lehre uom Persànlichkeitsrecht,* 80). A capacidade de exercício de comércio é a regra. Não na têm: *a)* os absolutamente incapazes; *b)* os relativamente incapazes, por idade, entre os dezesseis e os dezoito anos (Código Comercial, art.

1º, 3, *ex argumento; c)* sem assentimento do titular do pátrio poder ou tutor do menor de vinte e um anos e maior de dezoito. Sem o assentimento do marido, a mulher casada, não-separada, nem divorciada, também não tinha essa capacidade de exercício de comércio (Código Comercial, art. 1º, 4; Código Civil, art. 242, IV), podendo dar-se o suprimento judicial, de acordo com o Código Civil, art. 245,11. Sob o direito atual passa-se diversamente, porque a Constituição Federal de 1988 concebeu o exercício dos direitos e deveres referentes àsociedade conjugal pelo homem e pela mulher em igualdade.

Os atos de assentimento têm de ser registrados no registro do comércio do lugar (Código Comercial, art. 1º, 4, alinea 2ª).

2.

Proibição de comerciar. E de velha tradição proibir-se a certos funcionários públicos o exercício do comércio. O Regimento de 27 de setembro de 1476 proibia-o aos almoxarifes, recebedores, escrivães e requeredores; o Regimento de 10 de setembro de 1668, aos oficiais das Alfândegas dos portos secos; o Alvará de 20 de julho de 1767, aos oficiais das Alfândegas, quanto a gêneros que nelas tivessem de ser despachados; a Lei de 20 de agosto de 1720 e o Alvará de 5 de janeiro

de 1757, aos governadores, ministros e oficiais de justiça de ultramar; as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título XVI, aos fidalgos e cavaleiros que estivessem em ato militar.

No Código Comercial, art. 2ª, disse-se que "são proibidos de comerciar: 1. Os presidentes e os comandantes de armas das províncias, os magistrados vitalícios, e os juizes municipais e os de órfãos e oficiais de fazenda, dentro dos distritos em que exercerem as suas funções; 2. Os oficiais militares de primeira linha de mar e terra, salvo se forem reformados, e os de corpos policiais; 4. Os falidos, enquanto não forem legalmente reabilitados." O

fundamento geral para as proibições está no Alvará de 27 de março de 1721, que entendeu só poderem servir bem tais pessoas, se outra atividade não os preocupa, isto é, "abstraindose de todo o gênero de negócio", para que tal "cuidado os não embarace, nem impida a pôr toda a sua atenção e desvelo no cumprimento de suas obrigações...; além de outros inconvenientes, que se podem considerar nessa matéria". O art. 2ª 3, do Código Comercial, falava das corporações de mão-morta, clérigos e regulares, entendendo-se derrogado com a separação da Igreja e do Estado. Porém não se pode comerciar dentro dos templos de qualquer culto, ou com dinheiro dos templos, ainda que em conta de participação; nem as instituições de educação e de assistência social, que invocarem a imunidade a impostos (Constuição de 1988, art. 150, VI, *b* e *c),* podem comerciar, ou ter negócios com as suas rendas que não sejam para os fins de educação e de assistência social. Perdem a imunidade.

As leis administrativas, além de regras constantes da Constituição federal e das Constituições estaduais, podem estabelecer incompatibilidades entre a função pública, porém é preciso, por vezes, atender-se á diferença entre tais regras e a regra do art. 2ª, 1, ou 2, do Código Comercial. Aqui o intuito não é administrativo, tanto que se inseriu no Código Comercial. Todavia, com os princípios federativos, a *ratio Iegis* do ari. 2ª, 1, 19 parte *(verbo*

"presidentes"), vem à tona. Foi com fundamento administrativo que se proibiu aos presidentes das províncias exercerem comercio. Com a República, os governadores de Estados Federados passaram a ser eleitos. As Constituições estaduais não podem tornar inelegíveis para governadores os comerciantes, se bem que possam vedar-lhes o exercício do comércio durante o tempo em que exerçam o cargo eletivo e dar a sanção de perda do cargo, em caso de infração. A União tem a competência para legislar sobre direito eleitoral (Constituição

de 1988, art. 22,1, 5º parte), porém não poderia editar regra jurídica sobre inelegibilidade de comerciantes.

Quanto à Justiça, nenhum juiz pode comerciar, uma vez que todos os juizes gozam da garantia da vitaliciedade, só excetuados os juizes que, no primeiro grau, não tenham completado os dois anos de exercício de que fala o art.

95, 1, da Constituição de 1988. Porém, ainda quanto a esses, que não são „magistrados vitalícios", expressão de que usa o art. 2ª, 1, Q parte, do Código Comercial, conforme se explicitou no Aviso do Ministério da Justiça nº

58, de 29 de setembro de 1883, e se assenta na Constituição da República (art. 95, parágrafo único, 1).

Também não podem comerciar quaisquer oficiais militares do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, salvo se reformados. A simples passagem a quadro de reserva não suspende a proibição. O mesmo se há de entender quanto aos oficiais dos corpos policiais, quer se trate de policia civil, quer de policia militar.

Também se proibe comerciar aos empregados de fazenda, ditos, no art. 2ª, 1, 5º parte, "oficiais de fazenda" (Aviso do Ministério da Indústria, nº 22, de 11 de novembro de 1896; J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado,* II, 99, nota 3). Também aqui é preciso distinguirem-se as regras jurídicas administrativas e a regra do Código Comercial proibitiva de comércio. Se a lei administrativa (e.g., Aviso do Ministério da Fazenda, nº 24, de 23 de agosto de 1899) proibe ao funcionário público prestar serviços a casas comerciais, fora das horas do expediente da repartição, tal regra não tem outra sanção que aquela que se lhe dê em direito administrativo.

Os diplomatas e cônsules estrangeiros, salvo os não-remunerados, não podem comerciar no Brasil.

3. *Extensão da proibição.* Diz o art. 3º do Código Comercial: "Na proibição do artigo antecedente não se compreende a faculdade de dar dinheiro a juro ou a prêmio, contanto que as pessoas nele mencionadas não façam do exercício desta faculdade prof is-são

habitual de comércio; nem a de ser acionista em qualquer companhia mercantil, uma vez que não tomem parte na gerência administrativa da mesma companhia." Assim, podem sacar aceitar, endossar ou avalizar letra de câmbio, subscrever, descontar ou avalizar nota promissória, adquirir título da dívida pública, vendê-lo, ou empenhá-lo, ou adquirir, alienar ou empenhar ações das sociedades anônimas etc.

Não podem ser sócios solidários em sociedade comercial, nem administradores de sociedade anônima ou membro de comissão fiscal (Aviso nº 58, de 29 de setembro de 1883) ou de conselho administrativo.

4.

Proibições e impedimentos para o *comércio.* Quando não há incapacidade de comerciar, mas apenas se proibe ou impede que alguém simultaneamente exerça alguma profissão e o comércio, pode dar-se que a pessoa se torne comerciante, incorrendo apenas na sanção da lei que criou o impedimento. Então a pessoa é tratada como comerciante. Não é esse o caso dos corretores e leiloeiros, porque a própria lei comercial estabeleceu a perda do ofício mais a nulidade do ato proibido (Código Comercial, arts. 59, 1 e 68, revogado pelo Decreto nº

21.981, de 19 de outubro de 1932, art. 36, *a, 19* e 2ª Decreto nº 20.881, de 30 de dezembro de 1931, art. 39, *b, d, J" h;* Decreto nº 19.009, de 27 de novembro de 1929, art. 15, 2ª e 32). Os despachantes aduaneiros e os seus ajudantes não podem ser negociantes, interessados ou empregados de estabelecimento ou empresa comercial (Decreto-Lei nº 4.014, de 13 de janeiro de 1942, art. 30, 1ª parte).

O falido não pode comerciar enquanto não há sentença, trânsita em julgado, que declare *extintas* as suas obrigações, salvo se foi condenado, ou se está respondendo a processo por crime falencial, caso em que tem de correr o prazo a que se refere o art. 197 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Disse o art. 138 do Decreto-Lei nº 7.661: "Com a sentença declaratória da extinção de suas obrigações, fica autorizado o falido a exercer o comércio, salvo se tiver sido condenado ou estiver respondendo a processo por crime falimentar, caso em que se observará o disposto no art. 197."

O capitão que navega em parceria a lucro comum sobre a carga não pode comerciar por conta particular, salvo convenção em contrário, mas a sanção é apenas a de suportar sozinho os riscos e perdas e entregar aos parceiros o lucro que tenha (Código Comercial, art. 524).

Também os prepostos, sem permissão do preponente, não podem fazer negociações por conta própria ou alheia, mas a sanção é apenas a de nascer ao preponente o direito de denúncia da preposição (Código Comercial, art. 84, 4).

As sociedades civis e as associações civis não estão habilitadas a exercer o comércio. Não se pode dizer, a *priori,* que não possam exercer o comércio, ou que sejam impedidas de exercê-lo. O exercicio do comércio transforma-as, de modo que o serem personalidades de direito civil não basta para lhes atribuir a qualidade de comerciante.

Têm de ser tratadas, se comerciam, como sociedades comercialmente organizadas que ainda não se matricularam.

5. *Alcance das* sanções. Enquanto a sanção, a respeito de incapacidade para o exercício do comércio, é a nulidade de cada ato praticado (ainda que caiba no direito civil, caso em que a sanção civil é que incide, porém é a mesma), os atos praticados pelas pessoas a que se proibe o exercício do comércio, sem se criar incapacidade, são válidos, se por outra razão não são nulos, nem anuláveis, sendo de afastar-se a opinião de Teixeira de Freitas *(Aditamentos,* 310 s.) que estabelecia a nulidade para todos os casos de incapacidade e proibição. Uma das Consequências é a possibilidade de ser aberta a falência das pessoas mencionadas no art. 2ª, 1-4, do Código Comercial (2ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 6 de agosto de 1907, *RD,* Vi, 190-193; Gabriel de Resende, *Curso de Falências,* 24 5.; Decreto-Lei nº 7.661, art. 39, IV). No art. 39, II, do Decreto-Lei nº 7.661

disse-se que pode ser declarada a falência do menor, com mais de dezoito anos, que mantém estabelecimento comercial, com economia própria, e no art. 39, III, que pode ser declarada a falência da mulher casada que, sem assentimento do marido exerce o comércio, por mais de seis meses fora do lar conjugal. Essas duas regras jurídicas de modo nenhum estabeleceram tratamento diferente para a incapacidade. Se o menor, com mais de dezoito anos, mantém estabelecimento comercial com economia própria, acabou a sua incapacidade; já ele é capaz, em virtude do art. 99, V, do Código Civil. Se a mulher casada, sem

assentimento expresso do marido, exerce o comércio, por mais de seis meses, fora do lar conjugal, entende-se ter obtido, tacitamente, o assentimento do marido, uma vez que incidiu o art. 247, parágrafo único, do Código Civil.

§ 65. Morte e personalidade

1. *Morte e direitos.* Com a morte termina a capacidade de direito, a personalidade: "A existência da pessoa natural termina com a morte" (art. 10, 19 parte). O morto não pode adquirir nenhum direito; não é aquisição de direito pelo morto a indenização pela morte, nem o seguro de vida que não é favor de terceiro (sem razão, Hans CarI Nipperdey, em L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 39º ed., § 77, V, 1), nem o preço do cadáver. Morto não tem direitos nem deveres. Para o direito, com a morte, tudo, que se refere à pessoa, acaba.

2. *Desaparecidos.* Presume-se a morte dos desaparecidos, se é feito o processo especial até a sentença de que falam os arts. 1.167, II, do Código de 1973, e 482 do Código Civil (art. 10, 2ª parte: "Presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos dos arts. 481 e 482".

3. Dano *causado pelo morto.* O morto não pode praticar atos jurídicos. A queda do cadáver, que cause danos, dá ensejo a indenização com fundamento no art. 1.529, e não no art. 159: há, apenas, contrariedade a direito transubjetiva. O tiro com que se suicidou alguém e feriu a outrem, ainda que o suicida tenha morrido primeiro, foi ato ilícito absoluto, regido pelo art. 159, porque o praticou o vivo. Os mesmos princípios concernem a responsabilidade criminal. Se o suicida, ou o assassinado, ou o moribundo de morte natural, aproveita a iminência da morte, para que a queda do seu corpo cause dano a alguém, ou a sua doença se contagie a alguém, a responsabilidade é segundo o art. 159, — a contrariedade a direito foi derivada do ato do homem.

4. *Morte e vontade.* Com a morte, termina a vontade do homem e, pois, a sua manifestabilidade. Pode a pessoa, antes da morte, ter querido e manifestado a sua vontade, ou ter querido em ato-fato jurídico, ou em ato ilícito relativo ou absoluto (ato ilícito *stricto sensu).* A morte

posterior não apaga a esse, salvo no que se refere ao direito penal ou onde a lei o determinar. Ainda no tocante às manifestações de vontade, as receptícias vinculam desde logo (cf. art. 1.080); e é questão de interpretação se a oferta dirigida a alguém, que morreu antes de a receber, também se há de considerar dirigida aos seus herdeiros (ou sucessores, no estabelecimento).

Os fatos jurídicos que foram produzidos pelo homem, enquanto vivia, continuam de irradiar efeitos, se tais efeitos não dependiam de sua vida. Por isso, o testamento produ-los após a morte, o que permite à pessoa, enquanto vive, regular o que pode prever O "interesse" que ele teve em vida é o a que se atende,ou ao "interesse" dos sucessores. Não cabe falar-se de interesse do morto, como se algum acontecimento ocorreu que ele não previra. Não há interesse do morto (sem razão, G. Schwartz, Rechtssubjekt und Rechtszweck, *Archiu for Búrqerliches Rechts,* 32, 42 s.): o interesse somente pode ser o que subjazia ao tempo do testamento ou o dos sucessores.

§ 66. Registro de óbito

1.

Certidão do registro de óbito. A lei brasileira submete o enterramento, *de regra,* à exigência da certidão do registro de óbito no lugar do falecimento. Para o registro, é preciso o atestado do médico, se o há no lugar, ao tempo em que o registro ou o enterro se tem de fazer, ou, se o não há, de duas pessoas qualificadas, que tiverem presenciado a morte, ou tenham verificado que estava morta a pessoa. Antes de proceder a assento de óbito de criança de menos de um ano, cujo nascimento não foi registrado, devendo ter sido, ou não, no seu cartório, o oficial do registro previamente registra o nascimento (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 77, § 19) Se não for competente o oficial do registro, nem por isso deixará de proceder ao assento, à vista da simples informação de não estar registrado o nascimento. O registro tem de ser feito dentro de vinte e quatro horas; só devido à distância, ou outro motivo relevante (inundação, interrupção de trens, calamidades), será lavrado após as vinte e quatro horas, com urgência e dentro de quinze dias, ampliado o prazo em até três meses, se a sede do cartório é distante mais de trinta quilômetros (Lei nº 6.015, art. 78). Quando não puder ser feito, antes do enterro, o registro, se não houver atestado médico, ou de duas pessoas

qualificadas, tem o assento de ser assinado pelo declarante e duas testemunhas que tiverem assistido ao falecimento, ou ao ao funeral e puderem atestar, de conhecimento próprio ou por informações colhidas, a identidade do cadáver (Lei nº 6.015, art. 83). Se não há atestado de identidade, — haja, ou não, atestado do médico, ou de duas pessoas qualificadas, que presenciaram ou verificaram o falecimento, — e o enterro foi feito, o assento há de conter as indicações de estatura ou medida, se possível, cor, sinais aparentes, idade presumida, vestes e qualquer outra indicação que possa auxiliar futuro reconhecimento, inclusive indicação de pessoas que possam informar.

Se o morto é desconhecido, o assento há de conter indicações de estatura ou medida, se possível, cor, sinais aparentes, idade presumida, vestuário e qualquer outra indicação que possa auxiliar, de futuro, o seu reconhecimento; no caso de ter sido encontrado morto, há de constar essa circunstância, o lugar em que foi encontrado e o da necropsia, se tiver havido (Lei nº 6.015, art. 81, *caput).* Se existe, no local, serviço dactiloscópico, far-se-á a individual dactiloscópica (Lei nº 6.015, art. 81, parágrafo único).

2. *Dever de declarar o óbito.* Têm o *dever de comunicação declarada do óbito:* 1º) o chefe de família, a respeito de sua mulher, filhos, hóspedes, agregados e fâmulos; 2ª) a viúva, a respeito de seu marido, e de cada uma das pessoas indicadas no número antecedente; 39) o filho, a respeito do pai ou da mãe; o irmão, a respeito do irmão, e demais pessoas da casa, indicadas no nº 1º o parente mais próximo, maior e presente; 49) o administrador, diretor, gerente de qualquer estabelecimento público ou particular, a respeito dos que nele falecerem, salvo se estiver presente algum parente em grau acima indicado; 59) na falta de pessoa competente, nos termos dos números anteriores, a que tiver assistido aos últimos momentos do finado, o médico, o sacerdote ou o vizinho que do falecimento tiver noticia; 6º) a autoridade policial, a respeito das pessoas encontradas mortas (Lei nº

6.015, art. 79). O *dever de declarar* (= prestar comunícação de conhecimento) é de direito público. A diferença muito importa.

3. *Conteúdo do assento do óbito.* O assento do óbito deve conter as comunicações sobre: 1º) a hora, se possível, o dia, o mês e o ano do falecimento; 2ª) o lugar do falecimento, com indicação precisa; 39) o prenome, nome, sexo, idade, cor, estado civil, profissão, naturalidade, domicílio e residência do morto; 49) se era casado, o nome do cônjuge sobrevivente, mencionando-se a circunstância quando separado judicialmente ou divorciado; se viúvo, do cônjuge pré-defunto; e o cartório do casamento; 59) os nomes, prenomes, profissão, naturalidade e residência dos pais; 6º) se faleceu com testamento conhecido; 79) se deixou, nome e idade de cada um, mencionando-se se há interdito entre eles; 8º) se a morte foi natural, ou violenta, e a causa conhecida, com o nome dos atestantes; 99) o lugar do sepultamento; que se deixou bens; 11º) se era eleitor (Lei nº 6.015, art. 80).

A omissão dos requisitos *ignorados* não atinge a eficácia do assento; *a fortiori,* a sua existência. A eficácia probatória é concernente ao que foi comunicado, além da eficácia de provar as comparências a cartório. Não se exclui a prova em contrário, pelos meios legais; e somente pelos meios legais é possível argüir-se a irregularidade do registro.

Quem presta a comunicação da morte assina o assento, ou, a seu rogo, outrem, se não sabe ou não pode assinar (Lei nº 6.015, art. 82),

4.

Falecimentos a bordo, em campanha ou em estabelecimento público, a) Os assentos de óbitos de pessoas falecidas a bordo de navio brasileiro lavram-se de acordo com as regras estabelecidas para os nascimentos, no que lhes concernem, contendo as indicações exigidas; se o enterro for feito em porto brasileiro, toma-se ai o assento; se em porto estrangeiro, o assento há de ser segundo o que a Lei nº 6.015 estatui nos arts. 64 e 65. A Lei nº 6.015, art. 84, apenas diz: "... salvo se o enterro for no porto, onde será tomado o assento"; mas é de entender-se só referente ao caso de enterro em porto brasileiro.

b) Os óbitos ocorridos em campanha registram-se em livro próprio, para esse fim designado, nas formações sanitárias e corpos de tropas, pelos oficiais da corporação militar correspondente, autenticado cada

assento com a rubrica do respectivo médico chefe, ficando a cargo da unidade que proceder ao sepultamento o registro de acordo com as regras sobre óbitos que se derem no próprio local do combate (Lei nº 6.015, art. 85). Tais óbitos serão publicados em boletim da corporação e registrados no registro civil, mediante relações autenticadas remetidas ao Ministério da Justiça, contendo os nomes dos mortos, idade, naturalidade, estado civil, designação dos corpos a que pertenciam, lugar da residência ou de mobilização, dia, mês, ano e lugar do falecimento e do sepultamento, para à vista dessas relações se fazerem os assentamentos, na conformidade do que se estabelece para os nascimentos (Lei nº 6.015, art. 86).

c) O assento de óbito ocorrido em hospital, prisão, ou qualquer estabelecimento público, se não há declaração de parente, é segundo a que prestar a administração, observados os arts. 80 a 86 da Lei nº 6.015. O da pessoa encontrada acidental, ou violentamente moda, faz-se segundo a comunicação, de ofício, das autoridades policiais, logo que tenham conhecimento do fato (Lei nº 6.015, art. 87, segunda parte).

5. *Corpos não-encontrados.* Todos os assentos de que acima se falou só se referem a pessoas *cujos corpos foram encontrados.* Não se registram óbitos se as relações militares só aludem ou no que só aludem a pessoas desaparecidas em combate, por mais forte que seja a presunção *hominis* da morte. O registro tem sempre de ser concernente a pessoa cujo corpo foi encontrado. Dai o problema de técnica legislativa no tocante àquele que, no caso de desastre, ou em campanha, desapareceu, *crendo-se* que morreu.

No Código Civil alemão, adotaram-se as *declarações de morte* para os que desapareceram em guerra, três anos após a terminação da guerra (§ 15); para os que estavam a bordo de navio naufragado, um ano após o desaparecimento (§ 16); para os outros casos de perigo de morte, três anos (§ 17). Compreendese que se estabelecessem prazos: não se teve por fito, nos §§ 15-17, constituir *prova,* e sim *declarar a morte.* Tanto assim que o legislador cogitou do tempo anterior à declaração de morte (§ 19),

para as espécies de ausência qualificada (§§ 15-17). Tem-se suporte fático (grande probabilidade de ter morrido a pessoa + ausência =

ausência qualificada) e procura-se a regra jurídica que mais adequada pareça para incidir sobre ele. As regras jurídicas relativas *à* ausência são *fracas;* exatamente o que se colima é a regra jurídica que atenda à especialidade da ausência qualificada. As regras jurídicas sobre a ausência (arts. 463-484) podem ser invocadas, porque a ausência qualificada também é ausência. Invoca-las não resolveria o problema técnico; deixá-lo-ia intacto.

Se a morte é considerada como certa (= extremamente provável), posto que não se haja encontrado o cadáver, seria falta grave do sistema juridico não conter regra jurídica que permitisse a *justificação* perante o juiz, com eficácia semelhante à do registro. A prova mais segura da morte é a presença do cadáver. Casos há, porém, em que se pode admitir, com segurança quase igual ou igual *(e.g.,* muitos viram a pessoa lançar-se ao mar e desaparecer, ou cair na fogueira do prédio e nada se lhe encontrar de vestes ou de corpo), que a morte se deu.

A *pessoa viva presume-se viva até que se não prove o* contrário; de modo que, havendo ausência, ou, até, ausência qualificada, é preciso que se estabeleça presunção de morte em virtude de decisão judicial, para que aquela presunção de continuação de vida desapareça. A decisão do art. 1.167, II, do Código de 1973 ou do art.

482 do Código Civil tem tal eficácia constitutiva de prova (força); mas seria tardia para as espécies de ausência qualificada. No direito alemão, criou-se presunção de vida até que se atinja aqueles termos, que poderiam, em declaração de morte, ser considerados como data da morte (§ 18, alínea 2ª), solução que somente funcionaria bem em sistema jurídico que tivesse o instituto da declaração de morte. O direito suíço foi beneficiado pela reação da consciência jurídica do pais diante do caso Molly-Moller (P. Tuor, *Das neue Recht,* 76 s.). Os dois sistemas, o alemão da declaração de morte e o francês da declaração de ausência, que se refletiam nas legislações cantonais, tiveram de ser reexaminados, inclusive nos seus resultados de fixação artificial de data de morte e de fixação *ex nunc* de data em que se inverte o ônus da prova, sem qualquer dia *jurídico* de morte.

O Código Civil brasileiro somente falou da declaração de ausência, a *déclaration d*"*absence,* de tipo francês (arts.

10, 2ª parte, 463-484). Porém a França mesma havia admitido o julgamento declarativo da morte (constatation judiciaire de décês), nos casos de perda do navio, além da presunção após os comunicados

militares (Código Civil francês, arts. 90 e 91, modificado pela Lei de 8 de junho de 1893). O julgamento declarativo é título hábil ao registro (art. 92, Lei de 8 de junho de 1893 e Lei de 20 de novembro de 1919). Os redatores do Decreto (brasileiro) nº 18.542, de 14 de dezembro de 1928 (cf. Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939), art. 99, e da Lei nº 6.015, art. 88, tentaram dar solução, inclusive para os desaparecidos em campanha. Fixaram aqueles, porém, o termo em três anos para que só após ele se pudesse admitir justificação para o assento de óbitos. De *iure condendo,* tal prazo só se justificaria no sistema que tivesse a declaração de morte, não naquele que apenas tivesse a justificação de eficácia constitutiva de prova, e não de força declarativa; posto que no sistema de declaração de ausência (não qualificada) se possa admitir a declaração de morte, em caso de ausência qualificada.

Tinha-se, pois, sob o direito anterior o problema de interpretação do art. 99 e seu parágrafo: ou *a)* se adotara a declaração de morte, segundo a concepção alemã da *Todeserklàrung;* ou *b)* se adotara a justificação apenas após o triênio, o que agravaria a situação em vez de se resolver o problema que ela criara. Se *b),* então se cercearíam direitos, pretensões e ações, suprimindo-se as justificações antes de se completar o triênio, e o prazo havia de constar de lei, e não de simples Decreto consolidante. Se *a),* a declaração de morte não excluiria a justificação para outros efeitos que a inserção do assento de óbito no registro. A verdadeira solução *c)* era a de se considerar a ação de justificação do art. 99 e seu parágrafo mandamental, *que dependeria do triênio para nascer,* inconfundível com a ação de justificação de morte, segundo os arts. 735-738 do Código de Processo Civil de 1939 (constitutiva de prova) que nascia com os indícios fortes da morte. Essa justificação, ainda que se passassem os três anos, não dava ingresso no registro de óbitos. O elemento mandamental suficiente somente se caracterizaria com a justificação “para o assento de óbitos” (art. 99) e essa dependeria do triênio (§ 67, nº 1).

§ 67. Prova da morte

1.

Morte, fato jurídico. A morte é fato, que há de ser alegado e provado. A prova do registro civil vem em primeiro lugar Depois, a prova *por*

presunção (arts. 1.167, II, do Código de Processo Civil e 482 do Código Civil), á semelhança do que ocorre noutros sistemas jurídicos; ou *por indícios.* No direito inglês, a presunção é após sete anos sem notícias (mas sem se presumir ter morrido em algum momento *antes, at any particular time during the seven years,* Edward Jenks, *A Digest ol English Civil Law,* 1, nº 12, 4). Para os casos de morte em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto, ou outra catástrofe, a Lei ne 6.015, de 31 de dezembro de 1973, possui duas regras jurídicas sobre *justificações:* "Poderão os juizes togados admitir a justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágios, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame" (art. 88, *caput);* "Será também admitida a justificação no caso de desaparecimento em campanha, provados a impossibilidade de Ter sido feito o registro nos termos do art. 85 e os fatos que convençam da ocorrência do óbito" (art. 88, parágrafo único).

Trata-se, aí, da prova *por indícios,* feita em ação de justificação, que fora estabelecida pelo Decreto nº 18.542, de 24 de dezembro de 1928, a titulo de consolidação, art. 99 e parágrafo único. Não há dúvida, porém, quanto a poder ser proposta, no direito anterior ao Decreto nº 18.542, justificação, *sem ser para o assento,* à semelhança das outras justificações. Ação mandamental e constitutiva de prova, tal sob o direito anterior a do art. 99 e parágrafo único, e sob a Lei m 6.015, art. 88 e parágrafo único, com carga de declaração. Pode ser acessória (Comentários *ao Código de Processo Civil,* de 1939, IV, 297 s. e 406 s.), ou não. Resta saber-se se o prazo de três anos podia ter sido fixado pelo consolidador de 1928 para todas as justificações. Em verdade, infringiria ele o art. 72, § 1º, da Constituição de 1891 e nenhuma lei o aprovou: só a lei podia estabelecer o prazo de três anos, *cerceando direitos.* Por isso mesmo, a justificação podia ser feita a qualquer tempo, após o acidente. A sentença apenas constitui prova; não se exclui a prova em contrário, — tal como acontece com o próprio registro civil de óbito. Cada justificação nova desconstitui, no todo ou em parte, a anterior Tal a condição de toda justificação, como ação constitutiva *de prova.* Em conclusão: a justificação, a qualquer tempo, rege-se pelo art. 861 do Código do Processo Civil (é constitutiva de prova, com eficácia declarativa e certa dose de mandamentalidade); a justificação *para* o *assento* é perante o juiz togado competente para mandar ao oficial do registro, porque se trata de ação mandamental *(força),* envolvendo forte carga de constituição de prova e elemento declarativo.

2.

Comorientes. “Se dois ou mais individuos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos” (art. 11). Outros sistemas jurídicos têm a mesma solução técnica: o chileno, art. 79; o alemão, § 20; o suíço, art. 32, alínea 2C; o argentino, art. 109, que seguiu ao chileno, por sugestão de Teixeira de Freitas. A solução é de origem suíça (Waadt, art.

510; Lucerna, § 12; Aargau, § 22; Graubúnden, § 14). Também no direito inglês não se presume qualquer ordem nas mortes; e Edward ienks *(A Digest,* 1, 4) achou grande inconveniente em tal regra jurídica, porque nada se transmite de uma pessoa a outra (e.g., pai e filho. *O Law ol Property Act* de 1925, seção 184, presumiu premorto o mais velho. E interessante observar-se que o Código Civil chileno foi promulgado em 1855 e a decisão *Wing* v.

Angrave, 8 H. L. 183, proferida em 1860. Disse o art. 79 do Código Civil chileno: “Si por haber perecido dos o mas personas en un mismo acontecimiento, como en un naufrajio, incendio, ruma o bataíla, o por otra causa cualquiera, no pudiese saberse eI órden en que han ocurrido sus faílecimientos, se procederá en todos casos como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento, ninguna de dIas hubiese sobrevivido a las otras.

Rompeu-se, assim, com o Código Civil francês, arts. 720 (... *la présomption de survie est déterminée par les circunstances du fait, ei, à leur défaut, par la force de l‟âge ou du sexe),* 721 e 722, que explicitam esses casos de força da idade e do sexo.

Se duas ou mais pessoas foram, por exemplo, assassinadas no mesmo lugar, e não há prova de que uma houvesse falecido antes da outra, incide o art. 11 (5º Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 25 de março de 1936, *RT*

100/550). Todavia, se o exame dos cadáveres, a diferença de lugares em que foram encontrados (e.g., uma, morta ao abrir a porta, outra, no quarto, dormindo; uma, dentro de casa, outra, ao sair pelos fundos), ou outras circunstâncias mostram que uma faleceu depois da outra, o art. 11 não incide.

A ocasião pode ser a mesma, ainda que diferentes os lugares em que se derem os falecimentos (no navio e fora dele; na cratera do vulcão e por desabamento de terras; fogo ou queda do prédio incendiado).

Na L. 9, § 4, D., *de rebus dublis,* 34, 5, Trifonino, segundo se tirou das suas *Dubitationes,* assentou: Se faleceu Lúcio Tício com o filho, púbere, que ele havia instituído herdeiro no testamento, entende-se que o filho sobreviveu ao pai, e foi herdeiro em virtude do testamento; e a herança do filho defere-se aos seus sucessores, *se não se provar* o contrário. Mas, se com o pai morrer filho impúbere, crê-se que sobreviveu o pai, *se também nesse caso não se provar* o *contrário.* (O que pusemos em letra grifa é interpolação.) Nas L. 22 (Javoleno) e 23

(Gaio), a mesma presunção se estabelece a respeito da mãe.

Daí se veio até às discriminações do Código Civil francês, que desde o Código Civil chileno se repeliram, e à regra do *Law of Property Act* de 1925, seção 184.

Se duas ou mais pessoas desaparecem, ou morrem, sem que se saiba qual a ordem cronológica em que morreram, é óbvio que se tenham por falecidas no mesmo momento. A solução técnica do art. ii é a de se terem como simultaneamente mortas, porém ou se concebe a regra jurídica como regra de ônus da prova (E Regelsberger, *Pandekten,* 247; H. Dernburg, *Pandekten,* 1, T ed., 109s.), ou como presunção legal (E von Savigny, .*System,* 11, 20

5.; E. L. von Keller, *Pandekten,* § 20, 33; E. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9º ed., § 53, aliás diferente no § 429, nota 2). Em verdade, o direito romano não conheceu regra jurídica geral de presunção, ainda para os casos de pais e filhos, falecidos no mesmo acidente; apenas como que se rendia o sistema jurídico ante a impossibilidade da prova (G. Burgmann, *Disserta tio iuridica inauguralis de presumto ordine mortalitatis commorientium in Iinea recta,* 12; Otto Wendt, *Lehrbucb,* § 17, 36; O. Stobbe, *Handbucb,* 1, 3º ed., 301; C. G. Bruns, em Er. von Holtzendorff, *Encyklopàdie,* 1, 5º ed., 449; E. Hólder, *Pandekten,* 103; *E* Regelsberger, *Pandekten,* 1, 247). Na L.

26, pr, D., *de pactis dotalibus,* 23, 4, acha-se verossímel que a criança tenha morrido antes da mãe; mas a interpolação é evidente: Papiniano não no disse. As expressões “quia verisimil videbatur ante matrem infantem perisse” prestaram-se a afirmar-se a existência da presunção legal, justinianéia (cf. C. Ferrini, *Le Presunzioni,* 31, correspondente a

281 da *Rivista,* 14). Quanto à L. 9, § 1, D., *de rebus dubiis,* 34, 5, diz ela que Hadriano (117-138 após Cristo) cria premorto na guerra o pai, se pereceu com o filho. Tal filho teria, pelo menos, dezessete anos, pois que estava na guerra (cf. Th. H. E Gaedcke, De *Jure Commorientiurn,* 13, nota 16). Aliás, Hadriano atendera á pobreza da mãe, o que impede que se interprete analogicamente a L. 9, § 1. Na L. 9, § 4, frisa-se que se teria por premorto o pai, se púbere o filho, ou por premorto o filho, se impúbere, se não se provasse o contrário (cp. quanto à mãe, a L. 22 e a L. 23). Tudo isso foi obra dos compiladores (C. Ferrini, *Le Presunzioni,* 33; E. H.

W. Mutzenbecher, *Die Lebre von dem Rommorienten,* 10 s.). Observe-se que, tratando-se de comoriência da mãe e do filho, era indiferente — para o direito clássico — que ela, ou ele, se tivesse por supérstite. A casuística mesma do direito justinianeu revela que se não chegara a formulação de princípio. É indisfarçável que no direito comum se forçava a formulaçáó de principio *(e.g.,* Mflhlenbruch, Ober die Prioritãt des Todes, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* IV, 397 5.; A. E 3. Thibaut, *System;* 9º ed., 90; 3. G. Kierulff, *Theorie,* 92). Seja como for, exigiu-se o mesmo perigo. De modo que, se o filho perecia nas mãos da parteira e a mãe no outro quarto, ou na cama, a presunção não exsurgia. A regra da premorte do ascendente (Ascendens prius mortuus intelegitur quam descendens) estava em Dionisio Godofredo, em nota à L. 9, § 4, D., *de rebus dubjis,* 34, 5; e em nota à L. 9, C., *de institutionibus vel substitutionibus,* 6, 25 citou ele a Andrea Alciato, 1, praesumptio 43. 1ª i. G. Burgmann *(Dissertatio de praesumto ordine mortalitatis commorientium,* 18 s.) ao exagero de pôr a regra em caso de mortes naturais. Por outro lado, Th. H. E Gaeddcke *(De fure Commorientium ex disciplina romancrum,* 37 s.) pretendeu que os fracos (impúberes e mulheres) se presumiriam premortos. Se lemos a Múhlenbruch, no artigo do *Archiv* (IV, 391s4, vemos que distinguia púberes e impúberes, para presumir premortos os impúberes e, entre parentes da linha reta, o ascendente. Outros escritores ativeram-se àconveniência dos filhos e pais, presumindo premodo o filho púbere, ou, em relação ao impúbere, o pai. A generalização a toda a linha reta está em K. Art.

von Vangerow, C. G. von Wáchter, L. Arndts, ci. Baron e outros. No intervalo houve decisão de Oldemburgo que E Regelsberger *(Pandekten,* 1, 248, nota 4) zurziu, no sentido de não se poder invocar a presunção a propósito de filhos “ilegítimos

Se nos pomos no tempo em que escreveram tais juristas, temos de enfrentar o problema da interpretação analógica do *jus singulare.* A

maioria deles entendia que toda presunção é *ius singulare,* e *ius singulare* não permite interpretação analógica (H. Burckhard, Die *civilistische Prãsumptionen,* 360), com invocação da L.14, D., *de legibus,* 1, 3, onde se alude a interpretar contra a *ratio iuris,* e o *ius singulare,* na L.16, é o que se introduz

"contra tenorem rationis", contra o conteúdo do princípio (cf. M. Grasshoff, *Begriff und praktische Bedeutung des* ius singulare, 8). Não faltaram, porém, os que não fizessem tal ligação dos dois textos e admitissem a interpretação analógica do ius *singulare* (E. L. von RelIer, *Pan dekten,* 14s.; E Zródlowski, *Das rõmische Privatrecht,* 1, 105; ci. Remy, *Der Begriff des* ius singulare, 28-37; E. H. W. Mutzenbecher, *Die Lehre von den Nommorienten,* 25).

3. *Pressuposto da comorjência.* A comoriência supõe a mesmeidade da ocasião, não a unicidade da causa da morte (sem razão, E. Hólder, *Aligemeiner Teil,* 119). Têm-se de provar a morte e a mesma ocasião; se apenas se provaram as mortes, na mesma ocasião, em virtude da justificação segundo a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 88 e parágrafo único, então é que se há de invocar o art. 11; ainda se é caso de presunção do art. 1.167, II, do Código de 1973 ou do art. 482 do Código Civil. Aqui, a doutrina estava dividida: de um lado, *a)* os que consideravam a regra jurídica do art. 11 *lex specialis* sobre ordem da morte dos comorientes, devendo, por isso, preceder à *lex genera lis* da presunção de morte (ads. 1.167, II, e 482), e mais acertados, *de lege ferenda,* os resultados (H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 1, LV ed., 136; E Bóckel, Kommorienten, *Archiv fOr die ciuilistische Praxis,* 93, 486; E. Hôlder, *Aligemeiner Teil,* 120; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30º-3Q ed., 190); do outro lado, *1,)* os que entendiam, com razão, que não se pode invocar o art. 11 sem se conhecer o fato da morte ou sem haver a justificação da comoriência (C. Crome, *System,* 1, 205; E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 8º-9º ed., 166; Th. Kipp, em B. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9º ed., 239; R. Leonhard, *Der Aligerneine Teil,* 79; A. vnn Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1, 391; P. Oedmann, *Allgemeiner Teil,* 72; Engelmann, em *~J. o. Staudings Kommentar,* 1, 7º-8º

cd., 148; *6.* Planck, *Kommentar,* 1, LV ed., 54; 1k Leonhard, *Die Beweislast ,* 273). O problema chega ao ponto mais delicado quando, apreciando o mesmo acidente, dois tribunais decidem diferentemente quanto à morte de duas ou mais pessoas no mesmo acidente. A opinião *a)* entende que ainda assim se há de atender ao art. 11 a força de coisa julgada?), ainda que não se neguem aos julgados outros

efeitos; a opinião *b)* sustenta que o art. 11

não incide se só há o elemento de que faleceram no mesmo acidente (ou mesma ocasião) e sobrevêm julgados diferentes sobre presunções (arts. 1.167, II, e 482) ou presunções e justificações, ou presunções e prova segura pela achada, por exemplo, do cadáver e hora pelo relógio. Ora, o art. 11 não pode incidir se os elementos do suporte fático (um deles a mesmeidade do acidente ou ocasião, sem a prova dos *momentos* das mortes) não se compuseram. Outra opinião *c)* tentou falsa sintese (nas relações entre os comorientes, presunção de morte simultânea, art. 11; nas relações com terceiro, os julgados estabeleceriam a data): teria todos os inconvenientes de cindir a força dos julgados; e no entanto defendeu-a ci. W. Hedemann *(Die Vermutung,* 332).

Trata-se de questão de divergência de julgados. Temos de encará-la com toda a clareza, no direito brasileiro, *a)* Os dois ou mais julgados apreciaram a questão da data da morte de cada comoriente, sendo a decisão de um, para A, o dia 1º de janeiro, a de outro, para B, o dia 2 de janeiro e assim por diante. Não se pode, com a produção desses julgados, invocar o art. 11, porque, se eles não negam que tenha havido morte no mesmo momento, excluem que haja o elemento da *inaveriguabildade das datas. b)* Os dois ou mais julgados apreciaram a comoriência e um negou que tenha havido os elementos do suporte fático do art. 11; e outro ou outros o afirmam.

A questão é de direito processual, tendo-se de lançar mão da ação rescisória do art. 485, IV, do Código de Processo Civil, por ofensa a coisa julgada, contra a segunda decisão. c) Os dois ou mais julgados (arts. 1.167,11, e 482) não fixaram datas; apenas um foi proferido após o outro ou outros, ou os três proferidos em diferentes datas, de modo que a presunção *começou* em momentos sucessivos: o incidente foi o mesmo, porém não houve base para a justificação de morte, tendo-se pedido, apenas, à curadoria de ausentes, a sucessão provisória e afinal a sucessão definitiva (arts. 1.167, II, e 482), o que deixa aberta a questão do art. 11: *d)* Os dois ou mais julgados admitiram como encontrado o cadáver ou foram sobre a justificação do art. 88 e parágrafo único da Lei nº 6.015

com a fixação de datas diferentes, sem terem apreciado a questão da morte no mesmo acidente: não há invocar-se o art. 11; cada decisão se adstringiu à *res in iudicium deducta, e)* Os dois ou mais julgados que admitiram o encontro do cadáver entraram na questão da apreciação da morte, no mesmo acidente, fixando datas diferentes, às mortes, ou

a algumas delas: os julgados divergentes posteriores infringem a coisa julgada; a solução é a ação rescisória. As decisões do art. 1.167, II, ou do art, 482 de modo nenhum fazem coisa julgada para a questão da comoriência; as decisões nas justificações do art. 88 e parágrafo único, constitutivas *de prova,* porque a sua eficácia, imediata, declarativa, é *de prova,* permitem a prova em contrário no mesmo juízo. As justificações podem ser a respeito de duas ou mais pessoas, que se têm por mortas, e conter a postulação da comoriência; o art.

11 está, implicitamente, invocado. Porém isso não imuniza o julgado da eficácia de justificação posterior, no mesmo juízo.

4.

Causa e causas da pluralidade de mortes. Convém advertir na diferença entre o direito cantonal suíço anterior à codificação (Waadt, art. 510; Lucerna, § 12; Aargau, § 22; Graubünden, §14) e o Código Civil chileno, art. 79, em que se aludiu à mesmeidade do perigo, seguidos pelo Código Civil alemão, § 20 („in einer gemeinsamen Gefahr"), e o Código Civil suíço, art. 32, e o brasileiro que abstraem do acidente comum. Aquele se satisfaz com a falta de prova (Ernst Hafter, no *Kommentar* de M. Gmúr 1, 2ª ed., 164); e esse, com a mesmeidade da ocasião, de modo que basta a desaparição ao mesmo tempo. Mesma ocasião é mais geral do que mesmo perigo ou perigo comum.

Para a incidência do art. 11 é irrelevante se a ocasião comum foi suscitada ou aproveitada, para a morte, por um dos mortos no mesmo perigo (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 40): por exemplo, A pôs fogo à casa em que morreram ele, B e C; A deu o tiro em B e matou-se, mas não se pode saber se A morreu depois; A e B

suicidaram-se (sem razão, ci. U. Schrõder, *Vortràge,* 15). É preciso que se faça a prova da sucessividade para que se elida a presunção do art. 11 (C. Crome, *Svstem,* 1, 205). Não bastam conjeturas.

5. *Ônus da prova.* Quem alega a morte de alguém tem de prová-lo. Outrossim, quem alega ordem em que morreram as pessoas, ou sobrevivência de alguém. Se não se pode estabelecer quem morreu primeiro, posto que se saiba que estão mortas as pessoas, cabe invocar-se, por analogia, o art. 11, que se refere aos que faleceram "na

mesma ocasião". Aliás, não seria de admitir-se outra solução: os que morreram sem se saber se na mesma ocasião, ou não, são como os que morreram na mesma ocasião, porque a introdução de outro critério para resolver a questão introduziria no sistema jurídico, *em que há o art. 11* e não há as regras jurídicas francesas ou inglesa de hoje, norma jurídica heterogênea e contraditória.

Capítulo III

Nome e Parentesco

§ 68. Nome das pessoas como suporte fático

1. *Desde os tempos primitivos.* Desde os tempos primitivos, o homem leva consigo nome, que o designa e o distingue dos outros. Tal aderência da palavra ao homem não é diferente da aderência da palavra à coisa, quando a individua. Nomes de homens e de coisas entram na linguagem jurídica, como expressão. Rarissimamente entra hoje o nome de homem como elemento de suporte fático de regras jurídicas: a nomeação de alguém, A, para o cargo *a,* não dá ensejo a entrar a A como elemento de suporte fático no mundo jurídico; o que entra é a pessoa com pressupostos tais que a nomeação de A existirá, valerá e será eficaz se os satisfizer; a regra jurídica rege as nomeações; a nomeação, ato administrativo, é que entra no mundo jurídico, irradiando efeitos (direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações, exceções) de que são titulares o Estado e o nomeado.

Mas o nome, em si, pode entrar em suporte fático e entrar, como tal, no mundo jurídico. Aqui, temos de tratar do nome, *antes* dessa entrada. O direito ao nome, de que adiante, na parte sobre eficácia dos fatos jurídicos, se cogitará, com certo desenvolvimento, já é *efeito* do fato jurídico resultante da entrada, no mundo jurídico, do suporte fático de que aqui falamos. Os nomes foram criações da vida, *nornina significandorum hominurn gratia reperta sunt* (§ 29, 1., *de legatis,* 2, 20); são elementos fáticos, de grande importância nas relações inter-

humanas, ainda quando o direito os ignore, *e.g.,* antes do registro do nascimento da criança, o nome, que se lhe dá e ainda é mudável, a designa e distingue das outras crianças, tal como a designa e distingue o seu número na casa de maternidade.

Sócrates, no *Kratylos* de Platão, vê no nome meio de identificação. Para Goethe, nome é som e fumo (Name ist Schall und Rauch). Já em *Wilhelm Meisters Wanderjahre,* III, 13, o nome é sempre o mais belo e mais vivo representante da pessoa. Shakespeare, em Romeo *and iuliet,* Ato II, Cena 2, 42-44, 48 e 49, faz a Julieta dizer:

.0! be some other name: Whats in a name? that which we caíl a rose By any other nome would smell as sweet And for that name, which is no part of thee, Take alI myself.

No velho direito germânico, bastava um nome para individualizar, para pessoalmente identificar. Se os Merovingios tinham nomes de família, mais era para o *splendor Iam iliae* que para a identificação. Já se punia com pena de falsidade a mudança de nome *(Lex Visigothorum,* VII, 5, 6; *Lex Salica,* 24, 4). A tentativa gregoriana de circunscrever os nomes àqueles dos santos encontrou a imaginação criadora do povo, que continuou enriquecendo as linguas e a traduzir, na escolha dos nomes, simpatias étnicas, guerreiras, revolucionárias, filosóficas e políticas. O duplo nome prende-se ao século XII.

A história e o caráter do povo refletem-se, de certo modo, nos nomes que inventou. As invasões e as guerras inscrevem-se neles, as suas classes sociais revelam-se, bem como as suas qualidades de espiritualidade (e.g., nos nomes gregos, Sófocles, Pêricles, Aristo, Poliarco, Nicófanes, Teóf tIo; cf. R. Súpfle, *Das Namenrecht,* 7 s.), de materialidade, de prosaismo (Agrícola, Cícero, que éervilheiro, Calvo, Longo, Negro, Pórcio, criador de porcos), de preocupação religiosa (nomes orientais e zonas de influência, João, Josué), de valentia, de heroicidade e insolência (nomes germânicos Clodovico, luta de glória; Roberto ou Hrodebert, irradiante de fama).

2. *Ser humano e nome.* Cada ser humano que nasce há de ter, na vida social, um nome. Assim o exige o tráfico dos atos humanos. Não se pode, enquanto se está no mundo fático, falar de direito ao nome. Põe o nome o chefe do clã, ou da tribo, ou o pai, ou a mãe, ou alguém, com a recepção pelos outros, *publico consensu* (cf. L. 10, C., *de ingenuis manumissis,* 7, 14). O direito a ter nome é algo mais: é já efeito da entrada do homem no mundo jurídico, como titular autônomo de

direitos.

Os Gregos tinham um nome. Os Romanos desde cedo (primeiros tempos da República) traziam o *praenomen,* o *nomen gentilicium* (nome da gens), o *cognomen,* a que se juntou, depois, o *agnomen.* Os Germanos só tinham um nome; passaram a ter o gentilício.

Ã diferença do "luxo de nomes" dos Romanos, os séculos medievais e imediatamente pós-medievais foram caracterizados pela pobreza de nomes. Poucos nomes têm as pessoas e quase sempre um só, com alguma alcunha ou apelido profissional. Foi K. Einert *(Erdrterungen,* 105) que falou do "luxo dos nomes" dos Romanos, ao passo que W. Arnold *(1../erfassungsgeschichte,* 197) mostrou que num só documento de 1190 logo aparecem três Conrados, três Cunos, três Henriques, dois Joóes. O nome ganhou importância à medida que a adquiria a personalidade. Algumas alcunhas, muitos patrônimos (Gonçalves, Esteves, Marques), e nomes profissionais (Carreiro, Ferreiro) tornaram-se nomes de familia.

A *impositio nominis,* ou dação do nome, fazia-se entre os Germanos, festivamente, ou, pelo menos, em cerimônia: o pai tomava o filho, lançava-lhe água e dava-lhe o nome (Weinhold, *Altnordisches Leben,* 262 s.).

Na escolha do nome ia muito do que os pais desejavam que o filho viesse a ser, ou da qualidade que lhe almejava o pai, repetindo-se, por vezes, o nome que o pai ou avô já tiveram (5. Levi, *Vorname und Familienname* im *Recht,* 2).

Do fim do século Xl e começo do XII, os nomes de Santos passaram à frente. Nos países da Reforma, os nomes do Velho Testamento espalharam-se. O nome de família, de diferentes origens, veio por volta do século XII. Para os Judeus, no fim do século XVIII e começo do XIX,

3.

Prenome e sobrenome. Na língua portuguesa, *sobrenome* étodo nome que se ajunta ao prenome e forma, com ele, o nome. De modo que todo nome é composto de prenome (Francisco, Maria da Pena, Francisca Maria) e do sobrenome (Cavalcãnti). No direito, palavras ajuntadas ao nome, ou são alcunhas (nome característico, ou

pejorativo, que se substitui ou acrescenta ao prenome ou nome) ou títulos de honra, e.g., João sem Terra, Tiradentes.

Na *Escola das Verdades,* f. 458, fala-se de "Teógenes sobrenomeado o *Sumo",* mas tal sentido de sobrenome é estranho à terminologia jurídica: usou-se, em vez de sobrenome, "sognomento", o que nada justificava.

A imposição do prenome compete aos pais; não necessariamente ao pai. Se esse é que comparece a registro, o prenome é o que ele impõe. Se é a mãe, nada tem de inquirir o oficial do registro, quanto ao prenome que o pai preferiria. Ambos têm o *dever de* cuidar do filho (art. 384, II), que é distinto do dever de registrá-lo; e não porque a algum deles compita o *dever de repre* sentação (art. 384, V), pois a *impositio nominis* nada tem com esse dever (G. Planck, *Búrgerliches Gesetzbuch,* 1, V e 2ª ed., 371, 3º ed., 572; E Endemann, *Lehrbuch,* II, 3º-5º ed., 843,11, 1, 8º-9º ed., 536; R. Weyl, *Vortrdge,* II, 260), nem com o direito e dever de educar (art. 384, 1; sem razão, C. Sartorius, *Kommentar,* 155). Ainda quando é o tutor, ou curador, que impõe o prenome, somente o faz em virtude de dever de cuidar, que também tem aquele que achou a criança, ou a quem foi entregue a abandonada, posto que não seja tutor, nem curador. Não se deve, portanto, atribuir às autoridades policiais a faculdade de imposição, se não há tutor e se ela não tem o dever de cuidar. Se o tem, não é como policia que impõe (sem razão, H. von Sichere~ *Personenstand,* 158; C. Schramm, *Das Namenrecht,* 22 e 74). O exposto, que completou dezesseis anos de idade, sem se registrar, como qualquer outra pessoa que até então se não registrara, pode registrar-se. Pense-se em Moisés, Édipo, Parzifal e Siegfried, em Perdita de Shakespeare, na Mignon de Goethe, na noiva de Messina de Schiller e em Quasímodo e Esmeralda de Victor Hugo, nos que não tiveram ou

"perderam" o nome. Por exemplo, o pai fingiu que o registrava. Se o maior de dezesseis anos é absolutamente incapaz, tem-se-lhe de dar curador. Todavia se, de fato, pode ele ir ao registro e registrar-se, o nome que escolheu e com o qual foi registrado é o seu: a impositio nominis é ato-fato (cf. R. Weyl, *Der Name der Findelkinder,* 71

s.). Duas questões surgem: se a pessoa, maior, *capaz,* ainda não tem nome, apode ser feito registro por alguém, inclusive juiz, contra a sua vontade? Se o menor, cujo pai, mãe, ou tutor, vai registrar, quer determinado nome, jomo há de proceder o oficial do registro? Quanto á primeira questão, a resposta é negativa: ninguém pode ser

constrangido a registrar-se; o Estado pode fazer prova de idade, sem ser pelo registro, para que se verifique o início, ou a infração da algum dever de direito público *(e.g.,* serviço militar), — não pode registrar, nem mandar registrar, ou cominar penas por se não ter registrado a pessoa. O registro compulsório chocar-se-ia com o princípio Beneficia nemini *obtruduntur* (R. Weyl, Der *Name der Findei* kinder, 74). Quanto à segunda questão, o interesse do menor e do pai colidem (art. 387). O oficial do registro leva-o ao conhecimento do juiz dos registros, que providencia para que se nomeie o curador especial, ou, se o menor entende que o pai, mãe, ou tutor abusou do seu poder, ligado ao dever de cuidar, para que se submeta ao juiz competente o caso, *ad* instar do art. 394. Se o nome, que se quer, contra a vontade do registrando, é suscetivel de pô-lo em ridículo, o caso é levado à apreciação do juízo de registros, por força da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 55, parágrafo único.

Apelido é chamamento, convocação, para defesa da terra, primitivamente o nome da terra que se defendia e se gritava para se saber quem era inimigo e quem não era (João de Barros, *Décadas,* d. III, Livro 3, Capítulo 2, e *Clarimundo,* Livro III, Capítulo 17): na escuridão pela fumaça e confusão de gente, só se distinguiam os combatentes pelo apelido. Dai passou a ser o mesmo que alcunha (árabe *alkunya),* sobrenome, palavra que mais tarde significou nome artificial, pejorativo ou característico (Antônio de Morais e Silva, *Dicionário da Língua Portuguêsa,* 3º ed., 1, 91). Posteriormente, sobrenome, à medida que alcunha passou a ser nome artificial.

As expressões “agnome”, “cognome”, já se tornaram obsoletas: aquela se referia ao parentesco pela casa; e essa, ao parentesco pelo sangue (mãe). Ambos de *gnomen,* sinal, ou nomen, com posterior confusão com gnomen (gnosco).

Quanto a “patronímico”, o significado que lhe dão algumas leis é inadequado. *Patronímicos* são os sobrenomes que se formam com desinência de genitivo, germânica, para indicar a filiação: Domingues, filho de Domingos; Fernandes, filho de Fernando; Marques, filho de Marcos; Henriques, filho de Henrique. São espécie de sobrenomes; e não os sobrenomes. Há os sobrenomes gentilicos, os étnicos e pátrios, os topônimos etc.

4. *Abreviação e nome particular.* O nome pode ser usado todo ele, ou em parte. O uso de parte do nome pode ser *abreviação,* ou nome

particular. Quando a abreviação logra particularizar o nome, é de nome particular que se trata. Quase todas as pessoas, que têm nome longo, usam nomes particulares, porém nem todos os nomes particulares consistem em abreviações, nem todas as abreviações constituem — é o termo — nome particular. A abreviação pode ser maior, ou menor, e não exclui a presença do nome, não o substitui; o nome particular é, na atividade de que se trata, único.

O fato — histórico — de cada um ter seu nome, ou o prenome e o sobrenome, não bastaria para se afirmar a existência do direito a ter nome. Tem-se de responder à pergunta: 20 sistema jurídico reconhece, ou não, esse direito? A expressão "reconhece" é a que empregam os juristas (e.g., R. Súpfle, *Das Narnenrecht,* 11); mas o sistema jurídico não reconhece direitos senão quando os importa de outro sistema jurídico (importação de eficácia nosso *Tratado de* Direito *Internacional Privado,* 1, 256-270), ou tem de os respeitar, por serem nascidos em sistema jurídico acima dele. A pergunta tem de ser feita noutros termos, rígorosamente científicos: Todos têm nome e usam do seu nome; O sistema jurídico dá entrada no mundo jurídico à *necessidade* de ter nome e ao *Fato* de o ter e o usar, de modo que, tornados fatos jurídicos esses fatos da vida, deles se irradiem (eficácia) o direito a ter nome e o direito ao nome? No Tomo V, esses conceitos jurídicos são estudados com precisão.

5. *Nome de guerra e alcunha.* O "nome de guerra", ou criminal, ou a alcunha em atividade ilícita, não entra no mundo jurídico (A. Wiesner, *Der Schutz des Namens,* 21; nota 1) como nome, e sim como elemento indiciário.

§ 69. Composição do nome

1.

Elementos componentes do nome. No Código Civil, nada se diz sobre a composição do nome. A regra jurídica não-escrita era a de se dar o nome ao filho, ou dar-se a si mesma a pessoa, de mais de dezesseis, ou, ainda por procuração, de dezoito anos. Dezoito anos é a idade em que começa a atribuição obrigatória de deveres políticos (e.g.,

Constituição de 1988, art. 14, § 1% 1). O nome compõe-se do prenome e do sobrenome, —

prenome, nome da família materna, — nome da familia paterna; ou o prenome e só acompanhado daquele nome, ou desse; ou o sobrenome é elemento que foi escolhido, de acordo com a lei, como em se tratando de exposto.

Historicamente, o nome foi só o prenome, que se tornou insuficiente para a identificação pessoal quando os grupos cresceram. A família passou a ser elemento componente. A influência da Igreja generalizou os prenomes de santos. Os nomes de terras, cidades, vilas, ofícios, qualidades pessoais, residência, semelhança com animais, entraram na formação de muitos sobrenomes.

2. *Lei e composição do nome.* O nome somente pode compor-se conforme a lei prevê. Não há usucapião de nome, porque usucapião é instituição de direito das coisas; nem prescrição da ação declarativa ou da ação especifica de condenação, ainda se com o processo da cominatória. O que prescreve em vinte anos é a ação de indenização (art. 159). Alguns autores confundiram o ter-se de provar o uso por tempo imemorial do nome, por descendência, e a usucapião, ou a prescrição. Não atenderam eles a que se está apenas no plano da prova: presume-se que corresponde à composição de acordo com o direito costumeiro, as leis anteriores e a lei presente a composição de que por tempo imemorial se usa.

Os nomes obscenos, ou que exponham ao ridículo os seus portadores, são inadmissíveis (Lei w 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 55, parágrafo único). Tal proibição existiria, ainda se não houvesse o texto escrito da Lei nº 6.015 (cf. Código Civil, art. 81, *verbis* “por fim adquirir direitos”; H. Ramdohr, Das Recht zum Gebrauch eines Namens, *Gruchots Beitràge,* 43, 30, nota 35).

Nenhuma regra jurídica existe, no direito brasileiro, que vede a imposição de prenome artificial, ou de pre denegar registro ao prenome que exponha ao ridículo (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 55, parágrafo único, regra jurídica também do Decreto n0 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 69, parágrafo único, antes já existente, não-escrita, no sistema jurídico brasileiro). A ridiculez é *quaestio facti.*

A ortografia do prenome é a ortografia oficial (3e Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 22 de maio de 1945, *RF* 104/74); salvo se a língua portuguesa não no tem, nem no assimilou, ou se há, por exemplo, homenagem a algum grande nome da história *(e.g.,* Washington, Wilson, Goethe; mas Lafaiete, Volfango).

O oficial do registro não impõe nome ao exposto. Impõe-no particular, que o apresenta, ou o estabelecimento de caridade, ou a autoridade judiciária ou policial, que apresenta (Lei ~ 6.015, art. 61; já assim, o Decreto nº 4.857, art. 75; ainda, o Decreto nº 9.886, art. 60, e o Decreto nº 18.542, art. 75). Não há resposta a *priori* quanto à legitimação da autoridade judiciária; ou policial, a impor, porque não na há quanto à legitimação a apresentar: é matéria de competência, portanto, da legislação estaduaí. Nem se há de afirmar a competência da polícia para a impositio nominis (assim, A. von Erichsen, *Fí~hrung der Standesregister,* 69; H. Kollrack, *Die Namen und Namenãnderungen,* 78; Hans Mtiller, Namensfúhrung, *Blàtter fOr administrative Praxis,* 50, 389; A.

Stíãckelberg, *Der Privatname,* 72; R. Súpfle, Das *Namenrecht,* 37), nem se há de negar (R. Weyl, *Der Nome der Findelkinder,* 11 s.).

3. *Expostos.* O prenome do exposto é o que ele traz, nos documentos que o acompanharam, nome que é sem eficácia, se se descobre que fora registrado, ou se *cancela,* se for descoberto que a criança fora roubada e exposta. Ali, a ação é declarativa de ineficácia e averba-se a decisão; aqui, constitutiva negativa. Se não ocorre exposição com indicação de prenome, a criança ainda não registrada (se se descobre já ter sido registrada, é ineficaz o segundo registro) tem o nome de quem o apresente: estabelecimento de caridade, ou autoridades, ou

"particular" (apresentante), A autoridade mais adequada é o juiz da infância e da juventude (Lei n0 8.069, de 13

de julho de 1990, art. 102); se esse nomeou tutor, antes do registro, toca ao tutor, No direito brasileiro, não cabe a discussão entre o direito de imposição ser do apresentante (H. Dernburg, Das *Búrgerliches Recht,* 1, 150), ou do tutor (R. Weyl, *Der Nome der Findelkinder,* 28): à legislação de registros, que éde direito público, é que fica a s olução (aliás, assim também, i. Biermann, *Biirgerliches Recht,* 1, 453).

4. Mudança de nome. (a) O nome cola-se, por bem dizer, à pessoa. Ou, ainda quando havia homens que não eram pessoas, a eles. Designava-os. Apontava-se, com o nome, quem haveria de fazer ou não fazer, quem estava fazendo e quem não estava, quem havia feito e quem não havia feito. *(b)* A entrada do uso do nome alheio como ato ilicito civil (ou privado), que desse ensejo a pretensões e ações do titular do nome, é relativamente recente.

(c) No terreno fático, as pessoas, em Roma, podiam mudar o nome, no prenome, ou no sobrenome, ou todo ele, se o fazia sem fraude (sine aliqua fraude). Já o ser exigida a ausência de fraude era novo. O mesmo ê dizer-se que se tinham a aposição, o uso e a mudança dos nomes como acontecimentos do mundo fático, só interessando, como tais, ao mundo do direito, e não como *fatos jurídicos;* porque, ainda no caso de mudança com fraude (L.

única, C., de *mutatíone nominis,* 9, 25), era a fraude que entrava como fato (jurídico) ilícito. Não nos parece que se possa ler a Constituição de Diocleciano e Maximiano como enunciadora de princípio de não entrada da mudança no mundo jurídico. Não se disse que a mudança não entrava, e sim que a mudança com *fraus* era ilícita (no sentido de contrária ao direito). Certamente, quando Baldo disse: "Mutatio nominis non fraudulosa libero homini est permisso" e os outros o repetiram, deram azo a que se pensasse em limitação ao dogma romano da livre mutabilidade do nome.

Em movimento regressivo, próprio das revoluções sem fins precisos, poderia a *Lol rela tive aux prénorns et changements de noms* (II, Germinal, ano Xl) volver ao passado romano, porém isso não se deu. E certo que disse o art. IV: "Toute personne, qui aura quelque raison de changer de nom, en adressera la demande motivée au Gouvernement". Mas a decisão, constitutiva positiva (não mandamental!), tinha primeira cognição (arts. V-VII) e cognição definitiva, negativa, durante um ano, se fundada oposição surgiu, ou positiva (= completante), se nenhuma oposição houve, ou se foram julgadas improcedentes (arts. Vil e VIII). O que se criou foram a pretensão constitutiva e a ação constitutiva positiva de mudança de nome.

(d) O uso de falso nome (uso de outro nome sem mudança, quando se permitia a mudança) cedo entrou na legislação penal e, pois, no mundo jurídico, pela ilicitude. Paulo, nas *Sententiae,* 5, 25, § 11, e a L. 13, pr, D., *de lege Cometia de Jalsis et senatus consulto Liboniano,* 48, 10,

mostraram que o uso do falso nome era ilícito penal.

§ 70. Parentesco

1. *Conceito.* A palavra família não tem sentido único em sociologia, nem em direito. Quando dela se cogita, alude-se a grupo de parentes, incluídos o cônjuge e os afins, sem prejuízo da união estável entre o homem e a mulher como *entidade familiar,* reconhecida para efeito da proteção estatal (Lei no 9.278, de 10 de maio de 1996), também caracterizada com a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Dos direitos derivados de parentesco são titulares, de per si, os parentes apontados pela lei, e não o grupo.

O parentesco resulta de ligação pelo nascimento, ou pelo casamento, ou pela adoção.

O parentesco era, no direito anterior, legítimo ou ilegítimo. Legítimo, quando se prendesse a casamento. Se os nascimentos, em que se fundasse, eram legítimos, legitimo era o parentesco. Essa legitimidade pertencia, por isso mesmo, ao Direito de família. Sob o direito atual essa discriminação da filiação é pré-excluída, de modo que os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, havidos ou não do casamento, ou por adoção (Constituição de 1988, art. 227, § 6º).

O parentesco pode ser afim, como se há nascimento ou casamento que ligue duas pessoas, sem entrar em consideração o mesmo sangue. Por exemplo: C é filho de A e B, sendo D padrasto de C; se A e E foram, ou não, casados. No direito brasileiro, a afinidade podia ser legítima (se A e B eram casados), ou não (se C era filho de A e E, não casados). Com isso dilatouse o conceito de afinidade; sob a Constituição de 1988, art. 227 § 6º, essa classificação perdeu sua *ratio essendi.*

Dizem-se germanos, ou carnais, os irmãos de pai e mãe; meios-irmãos, os só de pai, ou só de mãe (uterinos).

2. *Eficácia do parentesco.* Muitos são os efeitos do parentesco: impedimentos matrimoniais (art. 183, I-V), preferência para nomeação de tutor ou curador (arts. 409, 454 e 458) legitimação para pedir

interdição de parente (arts. 447,1 e II, e 460), inadmissão ao testemunho (arts. 142, IV, e 143), sucessão legitima (arts.1.603, 1,11 e IV, 1.606-1.610, 1.613-1.617).

Capítulo IV

Domicílio e Residência

§ 71. Domicílio

No Código Civil, art. 31, diz-se: „O domicílio civil da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.‟ No art. 32: “Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências onde alternadamente viva, ou vários centros de ocupações habituais, considerar-se-á domicílio seu qualquer destes ou daquelas.” Ainda no art. 33: “Ter-se-á por domicilio da pessoa natural, que não tenha residência habitual (art.

32), ou empregue a vida em viagens, sem ponto central de negócios, o lugar onde for encontrada.” Poderia parecer que a residência é elemento necessário do domicílio; tanto mais quanto, no art. 34, se enuncia: “Muda-se o domicílio, transferindo a residência, com intenção manifesta de o mudar.” Explicita-se no parágrafo único: “A prova da intenção resultará do que declarar a pessoa mudada às municipalidades dos lugares, que deixa, e para onde vai, ou, se tais declarações não fizer, da própria mudança, com as circunstâncias que a acompanharem.” Se A reside em Petrópolis e tem o seu escritório no Rio de Janeiro, para onde se dirigem todas as declarações de vontade, ou comunicações de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, que tenham de ser recebidas por ele, e de onde as dirige, pré-excluindo-se qualquer constituição de domicílio no lugar da residência, domicilio de A é o lugar em que tem o escritório, e não o lugar em que tem residência. A própria prova de intenção, de que cogita o art. 34, parágrafo único, consistente em declaração às autoridades municipais competentes (aliás, autoridades policiais do Município, ainda que federais ou estaduais), somente é necessária para o caso de mudança, ainda assim como segurança de prova, porque, se a pessoa deixa de fazer tal declaração, pode, a qualquer tempo, alegar e provar o fato da mudança. Nos arts. 31-34, o Código Civil apenas tratou do que mais acontece: *a)* constituição do domicilio, pelo fato da residência, com ânimo definitivo (art. 31); *b)* se há duas ou mais residências, ou

pluralidade de centros de ocupações habituais, considera-se domicílio qualquer dos lugares em que estão as residências, ou os centros de ocupação, portanto todos, salvo se é de se afastar, devido às circunstâncias, a pluralidade de domicílios *(e.g.,* se o médico, durante o ano, clinica na cidade, mas, na época dos banhos medicinais, se fixa, por um mês ou dois, na cidade, vila ou lugar balneário, onde exerce a clinica, não há pluralidade de domicilio, mas alternatividade, O. Warnever, *Kommentar,* 1, 18); *c)* não havendo residência habitual, nem centro de ocupações habituais, tem-se como domicílio o lugar em que a pessoa for encontrada (art.

33), porém também aí não há pensar-se em incidência do art. 33, se a pessoa (arg. ao art. 34, parágrafo único) declarou à autoridade competente qual o seu domicílio, ou se isso resulta, inequivocamente, das circunstâncias.

Os arts. 32, 33 e 34 são regras jurídicas dispositivas. Não cabe pluralidade de domicilio, a despeito da pluralidade de residências alternativas, ou de centros de ocupações habituais, se, em verdade, o domicílio é um só. Nem é de invocar-se o art. 33 se a pessoa que vive em viagens tem ponto central de negócios. O próprio vagabundo pode ter domicilio certo, se, por exemplo, toda a sua vida jurídica se concentra na casa do pai, ou da mãe, ou de amigo, ou em bar, ou em botequim. Nada obsta a que ele comunique à autoridade competente o domicílio que tem. A respeito, são de grande importância as declarações feitas em juízo, ou em escritos de negócios jurídicos, ou de atos jurídicos *stricto sensu.*

Ânimo definitivo (art. 31) é o não ser acidental, ocasional, anormal, ou por pouco tempo. Se A vai a São Paulo, para permanecer um mês, ainda que passe um ano, não se domicilia em São Paulo; apenas morou um mês e residiu por força de circunstâncias. Todavia, o ânimo definitivo, o *animus manendi,* pode resultar, se toda acidentalidade desaparecer, por se ter tornado permanente a residência, ainda contra a intenção da pessoa. A habitualidade surge. Ser definitivo não significa ser escolhido para sempre. Pode A domiciliar-se por um ano, dois, ou mais, como pode domiciliar-se por menos de um ano. Para aludir a isso, o Código Civil argentino, no art. 92, explicitou que, *para que la habitación cause* domicilio, *la residencia debe ser habitual v* no *accidental, aunůe* no *se tenga intencián de fijarse dli para sempre.*

A fixação e a mudança de residência são atos-fatos jurídicos; não, a

residência com "ânimo definitivo", que tem suporte fático complexo, de que resulta a domiciliação, inicial, ou por mudança. O elemento volitivo existe, então; e entra no mundo jurídico. Daí ser erro dizer-se que dele se abstrai, ou que não é preciso. O que não é preciso é existir *declaraçâo* de vontade de constituir. Há de existir a vontade de residir definitivamente e há de existir o fato de residir. Não basta o fato sem a vontade, nem a vontade sem o fato (A. Manigk, *Das Anwendun ˚sgehiet,* 112, 115 e 160; M. Bergheim, *Der Wohnsitz,* 14). Salvo se o domicílio é o de que cogita o art. 33 (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 7º, § 8ª).

2. *Natureza do domicílio.* O domicílio é fato jurídico, não ésimples acontecimento do mundo fático. Há suporte fático, em que um dos elementos é o haver centro (ou haver centros) das relações sociais, não só jurídicas, da pessoa, — suporte fático, que o direito recebe como fato jurídico. Quase sempre, corresponde com o lugar em que se habita, com a residência, mas podem-se ter duas residências, ou mais, e um só domicílio, ou pluralidade de domicílios, e uma só residência, ou pluralidade de domicílios e de residências, ou haver uma ou mais residências e um ou mais domicílios, sem que coincidam. Por outro lado, pode haver um domicilio civil e outro comercial, um domicílio para o direito público e outro para o direito privado. A importância do domicílio é quanto à competência jurisdicional (foro), quanto à competência dos oficiais públicos para certos atos jurídicos, e ao lugar de cumprimento das obrigações; mas, principalmente, nas relações internacionais, para determinação da lei pessoal. Pode ser necessário *(domicilium necessarium),* ou ser voluntário *(domiciliurn voluntarium).* O

elemento fático mais relevante é o fato de estabelecer-se alguém, permanentemente, num lugar, sem ser preciso que seja para sempre. A temporariedade exclui o fato; bem assim, o simples estabelecimento por experiência, ou ensaio. Os senadores e deputados que somente vêm à capital, para as sessões da câmara, ou das câmaras, têm residência, não domicilio na capital; a pessoa que se interna em hospital de outro lugar, para tratamento, não troca de domicilio: nem o serviçal que se emprega, residindo na casa do patrão, salvo se não tem outro domicílio, adquire domicílio no lugar do emprego. Mas pode haver domicílio sem presença; e.g., o comerciante em São Paulo, que reside no Rio de Janeiro, nem por isso perde o domicílio. O domicílio eleito *(domicile élu)* não foi recebido pelo Código Civil; e o Código de Processo Civil de 1939 eliminara qualquer escolha de foro; *aliter,* o Código de Processo Civil de 1973, art. 111.

O domicílio é ato jurídico *stricto sensu* (se voluntário), ou é fato jurídico (se necessário), porque, ainda quando seja o domicílio voluntário de outrem, não há confundir-se o ato jurídico *stricto* sensu do que escolheu com o fato jurídico, um de cujos elementos é o domicilio de outrem. O domicilio do militar não é ato jurídico *stricto* sensu; é fato jurídico. O domicílio da mulher casada, ou do marido, é fato jurídico, e não ato jurídico *stricto senso.* Nem no é o domicílio da pessoa absolutamente incapaz; é fato jurídico, ainda se o escolheu antes da incapacidade. Então, passa a ser legal.

3. *Suporte fático* e *fato jurídico do domicilio.* Na definição de domicilio, os escritores aludem a efeito do domicilio (para o definir), o que evidentemente há de repelir-se. Não define o domicílio dizer-se que é a sede jurídica da pessoa *(e.q.,* F. Degni, *Le Persone fisiche,* 57 s.), nem, sequer, que é uma das sedes jurídicas, ao lado da residência e da morada, ou sede jurídica da atividade (C. Gangi, *Persone fisiche* e *Persone qiuridiche,* 109 s.).

O ser sede, no domicílio, na residência e na morada, é acontecimento fático. Diga-se o mesmo quanto a ser o lugar onde tem a pessoa o assunto principal de sua residência e de seus negócios, como diz o Código Civil argentino, art. 89, lª parte: "El domicilio real de las personas es eI lugar donde tienen establecido eI asiento principal de su residencia de sus negocios". Quando os juristas argentinos definem o domicilio como o assento jurídico da pessoa ficam, cientificamente, aquém do Código, porque esse, no definir, não confundiu o mundo fático e o plano da eficácia jurídica, que já é no mundo jurídico *(e.q.,* Alberto G. Spota, *Tratado,* 1, 33, 525 s.). O

domicílio não é mais do que o fato jurídico resultante de se haver estabelecido ponto do espaço, ou círculo, elemento de suporte fático, suficiente, voluntariamente ou por lei, para entrar no mundo jurídico e produzir os efeitos que o direito lhe atribuí. A fixação da atividade provém da vontade (vontade de fixação) e exige elemento fático de fixação (no direito brasileiro, que não tem o domicilio escolhido arbitrariamente; *aliter,* nos outros sistemas jurídicos que o têm), ou da lei, sempre com o pressuposto de algum fato fixador (elemento necessário do suporte fático), como se dá com a incapacidade (art. 36), o casamento (art. 36, parágrafo único), a prisão (art.

40), o lugar do serviço militar (art. 38) ou estação naval ou sede do serviço naval (art. 38, parágrafo único).

Quando se diz que o domicílio é relação jurídica entre a pessoa e o lugar, não é menos grave o equivoco. Tal afirmação de Aubry e Rau *(Cours,* 1, 4º ed., 881) e de A. von Tuhr *(Der Allgerneine Teil,* 1, 125 e 426) vem sendo repetida, sem se lhe discutir o erro *(e.g.,* Alberto G. Spota, *Tratado,* 1, 35, 581 s.). A relação jurídica é necessariamente relação social, entre pessoas. Não há relações jurídicas entre pessoa e coisa ou lugar. A coisa ou é elemento do suporte fático ou objeto de algum direito, pretensão, ação ou exceção. Em ciência não se pode dar o mesmo nome a seres ou fatos diferentes. Se A é domiciliado na cidade de São Paulo, A está em relação com os outros Estados do mundo (domicílio é também conceito de direito das gentes), com as entidades de direito constitucional (União, Estados Federados, Distrito Federal, Territórios) e de direito público ou privado, em relação jurídica que lhe dá, para os efeitos previstos nas leis, o domicílio na cidade de São Paulo. A justiça do Estado de São Paulo submete-o, por isso, ao art. 94 do Código de Processo Civil e, ainda que A faleça no estrangeiro, na cidade de São Paulo é que se lhe abre a sucessão (Código Civil, art. 1.578) e o foro, quanto a ele, será o de tal cidade (Código de Processo Civil, art. 96, *caput).*

A constituição de domicilio voluntário é ato jurídico *stricto* sensu; a constituição de domicílio legal é fato jurídico *stricto sensu,* ou ato-fato jurídico (no art. 36, parágrafo único, o negócio jurídico do casamento entra no suporte fátíco, mas apenas como fato).

É preciso não se confundirem regras jurídicas sobre domicilio e regras jurídicas sobre foro (e.g., Código Civil, art. 35, 1 a IV, e Constituição de 1988, art. 109, §§ 1º)

No plano do direito das gentes e do direito processual, supra-estatal e internacional, o domicilio da República Federativa do Brasil é no Distrito Federal. Nas relações jurídicas internas, é em cada capital ou sede de uma das unidades internas (Distrito Federal, Estado Federado, Território, Município), salvo regra jurídica especial que determine uma das capitais ou sedes. O princípio geral estava assente em jurisprudência (Supremo Tribunal Federal, 2 de abril de 1924, RT 63/151, RD 69/96). As regras jurídicas do art. 109, §§ 1º e 2ª da Constituição de 1988 são regras de competência, "constítucionalizadas"; a do art. 109, § 3% apenas abre brecha para a atividade legislativa ordinária. De tal atividade é exemplo o art. 129, II, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, sendo, hoje, o recurso para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro

grau. Aliás, grande pade da jurisprudência anterior ao Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, que no art. 157 fora também exemplo sob a Constituição de 1946, art. 201, § 2t ficara obsoleta (e.g., T Turma do Supremo Tribunal Federal, 19 de junho e 25 de outubro de 1938, *RT* 120/267 e 265 e 1C Turma, 8 de agosto de 1938, 121/238). A regra de foro segundo o art. 109, §§ 1ºe 2ª, prevalece quanto a qualquer outra *(e.q.,* foro *rei sitae, V* Turma, 6 de junho de 1946, *CD,* 42/128). Quanto à regra de foro segundo a lei ordinária (art.. 109, § 39), a solução é questão de interpretação da lei ordinária, que pode estatuir de modo absoluto, ou deixando que seja seu conteúdo alguma outra regra jurídica de foro. Quanto às autarquias federais, as regras do art. 109 e dos §§ 1ª e 2ª se impõem, salvo regra jurídica especial segundo o art. 109, § 3ª)

No Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 79, diz-se: "E competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil.

No § 1º: "A falência dos comerciantes ambulantes e empresários de espetáculos públicos pode ser declarada pelo juiz do lugar onde sejam encontrados. No § 2ª: "O juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, as quais serão processadas na forma determinada nesta lei." No § 3º: "Não prevalecerá o disposto no parágrafo anterior para as ações, não reguladas nesta lei, em que a massa falida seja autora ou litisconsorte." Trata-se de regras jurídicas sobre competência do juízo falencial, e não de regras jurídicas sobre domicílio (cf. 3º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 19 de abril de 1944, *RT* 155/582).

O foro para a nomeação de tutor, se o menor ainda não no tem, é o *legal* que ele tinha, *e.g.,* o do titular do pátrio poder (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 1ª de fevereiro de 1944, e 1C Câmara, 14 de fevereiro de 1944, *RT* 150/508 se não se lhe conhecem os pais, o da residência, ou do lugar onde for encontrado (Lei nº

8.069, de 13 de julho de 1990, art. 147, II; Código de 1973, art. 94, § 2ª). O direito privado nada tem com essas questões. Idem, quanto à competência para o processo busca e apreensão; se há titular do pátrio poder, ou tutor, ou curador, a competência é a do foro do domicilio legal (4º Câmara, 11 de novembro de 1943, 150/501).

A Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a *7* de abril

de 1937 *(RT* 108/799), decidiu: "O

domicilio do representante prevalece não só para as causas contenciosas, em que o incapaz for interessado, como também para autorizar venda de bens de menores, ainda que inventariados e partilhados os bens em outra comarca e aí sejam situados, assim como toda providência garantidora da pessoa e bens dos menores compete ao juiz em cuja comarca residir o tutor". Sim; se já atribuidos ao menor, isto é, se já transitou em julgado a sentença de partilha, ou se o bem foi deixado pelo testador ao incapaz, tendo-se-lhe transmitido a propriedade, ou outro direito real sobre imóveis, com a morte, em vez de ter ocorrido a respeito comunhão *pro indiviso.*

O foro do domicílio do interditando, ainda com invocação do art. 32 ou do art. 33 do Código Civil, é o competente para ação de interdição (sem razão, a 4º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 3 de fevereiro de 1944, *RT* 150/132).

4. *Princípios fundamentais.* Para bem nos orientarmos a respeito do direito brasileiro, convém atendermos a que regem, nele, a matéria do domicílio os seguintes princípios: A. Todos têm domicílio, ainda o vagabundo, o que não tem residência, nem morada (princípio da cogência do domicílio). Não há ser humano sem domicilio; se não se sabe qual seja, ou se a pessoa já morreu, é o último (princípio de conservação do domicílio). O art. 79, § 8ª, do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, apenas, em má redação, recorre ao princípio do Código Civil, art. 33.

À diferença de outros sistemas jurídicos, o direito brasileiro não admite a falta de domicílio. Toda pessoa tem domicilio. Se pessoa física, por força do art. 33; se pessoa jurídica, porque um dos pressupostos necessários do registro para a personificação é a declaração da sede (Lei n0 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 120, 1; Código Civil, arts. 19, 1, 1ª parte e 35, IV). Se leis penais ou outras leis se referem a "pessoa sem domicilio", trata-se de conceito especial de domicilio (cf. 1 Levy, *Begrifi des Wohnsitzes,* 134; M. Bergheim, Der *Wohnsitz,* 16), quase sempre o de pessoa que não tem residência, e só tem pousadas.

O Tribunal de Apelação de Pernambuco, a 25 de março de 1946 *(AF* 20/339), por influência de leituras estrangeiras, não atendeu a que o

Código Civil adotou o princípio de que há sempre um domicílio.

B. Admite-se a pluralidade de domicílios, repelida a solução do Código Civil francês, art. 102. Houve, na doutrina romana, quem sustentasse o princípio da unicidade de domicílio (cf. L. 5, D., *ad municipaleni et de incolis,* 50, 1: "Labeo indicat eum, qui pluribus locis ex aequo negotietur, nusquam domicilium habere: quosdam autem dicere refert pluríbus locis eum incolam esse aut domicilium habere: quod verius esti). Labeão pensava assim, mas já nos dava noticia de quem sustentasse o principio da pluralidade de domicílios, o que Paulo (L. 6, § 2) e Ulpiano (L. 27, § 2) adotaram. Discute-se se houve interpolação nos textos; porém nenhuma procedência tem a argUição (cp. V. Tedeschi, Dei Domicilio, 6 e 254). O princípio da unicidade que o art. 102 do Código Civil francês inseriu foi regressivo para aquém de Paulo e Ulpiano, pelo menos. O Código Civil chileno, art. 67, o colombiano, art. 83, o uruguaio, art. 30, o alemão, § 7, o brasileiro, art. 32, e o peruano (1936), art. 20, forram-se à sua influência. Não temos nunca de inůirir qual é o principal estabelecimento (Código Civil francês, art. 102: *Le domicile de* tout *Français, quant à l"exercice de* ses *droits civils, est au lieu* oú *ii a son principal établissement;* Código Civil argentino, art. 89; Código Civil italiano, art. 43, alínea IA: *II domicilio di una persona é ne) luogo in cui essa tia stabilito la sede principale dei suoi aflari e interessi,* mas pela possível pluralidade, de *lure condendo,* C. Gangi, *Persone fisiche* e *persone giuridiche,* 23 5.; Código Civil suíço, art. 23, que em todo o caso permite outro ou outros domicílios de negócios).

Se há duas ou mais residências permanentes, há pluralidade de domicílios (Supremo Tribunal, 5 de julho e 24 de setembro de 1924, *RSTF* 67/114 e 85/35; Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 6 de julho de 1939, *Ai* 52/342). Não há indagar-se qual é a principal (4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 31 de março de 1937, *RT* 109/627), porém não faz domícíliação a residência passageira, ainda que prolongada (e.g., residência somente para filhos que estudam, 4ª Câmara, 30 de março de 1938, 113/645).

No direito brasileiro, não há preferência entre a residência e o lugar dos negócios como decisiva para a determinação do domicílio. *Na dúvida,* ambos são domicílios, uma vez que o sistema jurídico adotou o princípio da possível pluralidade de domicílios. No direito argentino (art. 94: *Si una persona tiene su farnilia en un Iugan y* sus *negocios en* otro, *eI primero es ei lugar de su domicilio),* criou-se preferência devido

ao principio da unicidade de domicílio. No art. 93, diz-se: “En el caso de habitación alternativa en diferentes lugares, eI domicilio es eI lugar donde se tenga la família, ó eI principal establecimiento” , — regra jurídica que se deduz do principio da unicidade de domicílio, que não temos.

Houve quem pensasse haver contradição em se falar de pluralidade de domicílios (E. Goldmann-H. Lilienthal, *Das Búrgerliche Recht,* 1, T ed., 42; Brunhuber, *Der Wohisitz im õffentlichen Recht,* 23), — erro devido a elementos introduzidos no conceito (e.g., “principal centro”, “principal estabelecimento”).

É clássico o exemplo da dançarina ou do cantor que tem de estar, no verão, na cidade A e, no inverno, na cidade E, lugares em que se instalou com ânimo definitivo de residir (cf. E. Hólder, *Kommentar,* 93, L. von Bar, *Theorie und Praxis,* 1, 161 5.; E von Savignº, *System,* VIII, 64).

C. A pessoa pode estabelecer domicílio onde queira, porém não afasta com isso o domicílio legal, nem para isso basta a *nuda contestatio,* isto é, o só dizer “sou domiciliado em São Paulo”, sem que lá tenha residência, ou centro de ocupações habituais (Paulo, L. 20, D., *ad municipalem et de incolis,* 50, 1: *Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione).* Se há residência, só, em algum lugar, sem intenção de permanecer, não basta para o ato jurídico *stricto sensu* da constituição voluntária de domicílio, nem se só se adquiriu casa (cp. L.

17, § 13, D., 50, 1, de Papiniano; e Ulpiano, L. 5, §§ 2-5, D., *de iniuriis et Jamosis libeilis,* 47, 10).

O direito público não está adstrito ao conceito privatístico de domicílio, nem o direito privado ao conceito publicístico. Podem coincidir, podem não coincidir. A subsidiariedade mesma, para a interpretação de cada ramo, depende do método de fontes e interpretação de cada um deles. Se não o admite, é com os seus próprios conceitos que se há de trabalhar para se resolverem as questões que surjam. De regra, os conceitos do direito privado foram colhidos como gerais, inspirados em ciência, o que os aponta como conteúdo de expressões de outras leis, que lhes correspondam; mas tal indicação exegética cessa onde há elementos que façam especial o conceito, ou afastem de propósito conceitos gerais, privatísticos (M. Bergheim, *Der Wohnsitz,* 2; cp. E. Schepp, *Das offentliche Recht im BOR,* 4). Os arts. 37, 38 e 41, se bem que se refiram a funcionários públicos,

a militar e diplomatas, não são regras jurídicas sobre domicílio publicistíco *(publizistischer Wohnsitz),* mas sobre domicilio privatístíco, que pode ser elemento de suporte fático de regra jurídica sobre foro (direito processual civil ou criminal ou administrativo). O direito fiscal põe, às vezes, regra jurídica especial; bem assim o direito sobre socorros, auxílios e alojamentos emergenciais (Brunhube~ *Der Wohrisih im ôffentlichen Recht,* 30 s.).

D. Há direito público e privado de se estabelecer o domicílio onde se entenda. E contra direito impedir ou cercear tal liberdade (Marcelo, L. 31, D., *ad rnunicipalern et de incolis,* 50, 1: *Nihil est impedimento, quo minus quis ubi velit habeat domicilium, quod ei interdictumn non sit).* No Brasil, a própria limitação legal é contra a Constituição de 1988, art. 59, II. O domicílio legal énecessário, porém não exclusivo.

O domicilio segundo os arts. 37, 38 e 41 é o domicílio privatístico, que pode coincidir, ou não, ser o domicílio publicístico. Se esse é diferente, em nada se altera, para o direito privado, a regra jurídica do art. 37, ou do ari.

38, ou do art. 38, parágrafo único, ou do art. 41 (cf. W. Boschan, *Erbschein und Recht der Ertifolge,* 15; M.

Bergheim, *Der Wohnsitz,* 26).

5. *Domicílio legal.* Domicilio legal é aquele que se estabelece por força de lei. Diz o art. 38: "O domicilio do militar em serviço ativo é o lugar onde servir." O art. 38 é de direito cogente. Não importa se o militar reside no lugar do domicílio legal, ou, ainda, se realmente está no lugar (E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 8ª,9ª ed., 94). Quem é militar, no sentido do art. 38, di-lo a lei do exército, da marinha, da aeronáutica, ou outra lei especial. Se o corpo militar, em que o militar serve, não está fixado, como acontece com as tropas de ocupação, ou de proteção, deslocáveis, tem-se por domicílio a última fixação do corpo militar. O art. 38 não apanha as pessoas que estão cumprindo o serviço militar obrigatório, com ou sem chamada para outro ponto do país, nem os voluntários e oficiais de reserva que apenas sejam chamados para exercícios ou manobras. Quanto aos menores, que,

conforme veremos, têm por domicílio o dos titulares do pátrio poder, tutor ou curador (art. 36), não perdem eles o domicilio legal que têm, enquanto não obtenham capacidade. O que se dá quanto a êles é que não podem constituir domicílio independente, nem o art. 38 incide, porém não podem mudar de domicílio, ainda que o representante queira, mudando o seu, se os menores têm de prestar serviço obrigatório na guarnição do seu domicílio.

O

art. 38 é cogento; nem os interessados, nem as autoridades públicas podem estabelecer que o domicílio do militar seja outro que aquele que o art. 38 estabelece, mas o fato de ter domicilio certo a pessoa que se fez militar tem por Consequência existirem dois domicílios.

Se cessa o domicílio legal, tem-se de verificar se a pessoa, que aí residia, permanece, ou se, não residindo aí, se transporta para o lugar da residência. Se aí residia e permanece. o domicilio continua como voluntário; se aí não residia, e havia outro domicílio em que residia, esse é o domicílio, ainda que vá residir, também, alhures, caso em que pode adquirir, ou não, outro domicílio voluntário. No Código Civil argentino, o art. 91 supôs, em globo, as espécies: *La duración deI domicilio de derecho depende de la existencia deI hecho que lo motiva. Cesando éste, eI domicilio se determina por la residencia, con intenciôn de permanecer en eI lugar en que se habite.*

6. *Domicílio do militar.* Já falamos do domicílio do militar em serviço ativo. Militar, aí, é aquele que serve em algum lugar. Quanto aos oficiais e praças da armada, têm eles domicílio na respectiva estação naval, ou na sede do emprego que exercerem em terra são essas as pessoas a que se refere o art. 38, parágrafo único:

"As pessoas com praça na armada têm o seu domicílio na respectiva estação naval, ou na sede do emprego que estiverem exercendo, em terra."

Tanto a respeito do militar que serve em terra, quanto ao que serve no mar, ou no ar, as regras jurídicas do art. 38

e do parágrafo único são cogentes. Somente apanham os militares da ativa. Os reformados podem ter outro domicílio que aquele que foi o

último domicílio militar. Se, porém, o reformado é chamado a serviço ativo, ainda sem cancelamento da reforma, o art. 38 ou o seu parágrafo único incide. Quanto a todas essas pessoas, nao rege o princípio da exclusividade do domicílio, de modo que pode ser invocado o art. 32.

"Lugar onde serve" é o da guarnição, isto é, aquele em que as tropas estacionam. O lugar em que permanecem alguns oficiais, ou algum oficial, não é a guarnição; por isso mesmo não se pode dizer que seja o lugar onde servem. Mas é guarnição o lugar onde algum oficial permanece, em comando, sem determinação do tempo que deve permanecer.

A respeito dos militares, em vez de se ater à concepção do domicílio legal e exclusivo, ou à do domicilio legal (necessário), porém não exclusivo, o Código Civil argentino, art. 90, 2ª, inseriu regra jurídica dispositiva: *Los militares en servido activo tienen su domicilio en ei lugar en que se hallen prestando aquél, si no rnanifestasen intención en contrario, por algún establecimiento permanente, á asiento principal de sus negocios en otro lugar.*

7. *Domicilio* dos *incapazes.* Os incapazes sujeitos ao pátrio poder têm por domicilio o do titular do pátrio poder; se sob tutela, o domicilio do tutor; se sob curatela, o do curador Aliás, o juiz tem de nomear tutor ou curador que resida no domicílio do menor (arts. 410 e 453). Surge a questão de se saber se, tendo o juiz nomeado tutor, ou curador, quem reside no domicilio do incapaz, sem que seja domicilio do tutor, ou do curador o lugar da residência, ocorre mudança do domicílio do incapaz. Os textos legais criam, por si mesmos, a questão. Só se exige, no art. 410, o pressuposto da residência e se estabelece no art. 36 que o incapaz tem por domicilio o do tutor ou do curador. Também se pode dar que o pátrio poder se inicie depois de já ter domicílio o incapaz; se o pai, que tinha outro domicílio que o da mãe, morre, ou se houve reconhecimento posterior pelo pai. O juiz deve abster-se de nomear tutor, ou curador, pessoa que não seja domiciliada onde é domiciliado o menor, porque é preciso . que o tutor, ou curador, fique sob a jurisdição do juiz. Se assim não procede, o incapaz perde o domicilio que tinha e passa a ter o domicílio do tutor ou do curador. No direito brasileiro, o domicílio do incapaz é necessário: tem ele por domicílio o do titular do pátrio poder, o do tutor, ou o do curador

Não importa que o incapaz more no lugar em que o titular do pátrio poder, o tutor, ou o curador tem domicílio: pode o titular do pátrio poder ter por domicílio uma cidade e morar o filho noutra cidade *(e.g.,* com a mãe separada judicialmente, ou com o avô, ou em algum colégio, hospital, ou asilo); pode ser que o titular do pátrio poder tenha abandonado o lar, de modo que, enquanto não se lhe tira o pátrio poder, a cada mudança de domicílio do titular do pátrio poder muda o domicílio do filho.

O filho póstumo tem por domicílio o da mãe, se tinha ou tem o pátrio poder, não o que tinha, ao morrer, o pai, titular do pátrio poder (sem razão, O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 23; com razão, Teixeira de Freitas, *Esboço,* art.

183; G. Planck, *Nommentar,* 1, 32; e E. Hálder, *Alígemeiner Teil,* 99). Assim, se o pai da criança teria ou não teria o pátrio poder, o domicílio da mãe, quando morreu, se titular do pátrio poder seria, estende-se, sempre, ao filho. Se o pai, ou mãe, respectivamente, não tinha domicílio no Brasil, a criança também não no tem (G. Planck, *Kommentar,* 1, 32). Adquire-o se o titular do pátrio poder o adquiriu, ou se o juiz lhe nomeia tutor ou curador Se o titular do pátrio poder, o tutor ou curador morre, ou perde o domicilio (1 Biermann, *Búrgerliches Recht,* 1, 452; G. Planck, *Kommentar,* 1, 33), ou se quanto a ele incide o art. 40, o incapaz continua com o domicílio que tinha por força do art. 36. Se o titular do pátrio poder adquire mais outro domicilio, dele participa também o filho. Se a mãe, com a morte do marido, adquire outro domicílio, tal domicílio somente passa a ser do filho se tem ela o pátrio poder (sem razão, O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 23). Se o filho está em companhia da mãe que não tem o pátrio poder e essa muda de domicílio, tal circunstância é sem importância para o domicílio do filho. Se à pessoa, incapaz por idade, não se sabe qual o domicílio, e.g., por serem desconhecidos pai e mãe, tem por domicilio o lugar em que for encontrada (arg. ao art. 33), o asilo de expostos, o manicômio, ou o domicilio da pessoa que os acolheu, ou criou (cp. *Esboço,* art. 184).

Os maiores de dezoito anos, ainda incapazes por idade, podem comerciar, se nisso assentir o titular do pátrio poder, porém, estabelecido com economia própria, opera-se o suplemento de idade, em vidude mesmo do art. 99,

§ 1º, V, do Código Civil. A isso ficou reduzido o art. 1º, 3, do Código Comercial. O domicílio continua a ser o do pai, se outro não se

estabeleceu.

Se o menor não tem pai, nem mãe, nem tutor, nem curador, nem por isso é sem domicílio: tem o domicílio segundo o art. 33, se não continuou no domicílio que fora o de titular do pátrio poder, do tutor, ou do curador.

Residência é conceito jurídico, e não só do mundo fático; de regra, conceito do tráfico da vida, que o direito recebe (H. Dittenberger, *Der Schutz des Kindes gegen die Folgen elgener Handlungen,* 114-117). Se o menor que fez dezesseis anos não tem pai, nem mãe, nem tutor, nem curador, pode constituir domicílio, se não tinha um segundo o art. 36.

8. *Mulher casada.* Estatui-se no art. 36, parágrafo único: A mulher casada tgm por domicílio o do marido, salvo se estiver desquitada (art. 315), ou lhe competir a administração do casal (art. 251).” À mulher, abstraída a regra de simetria da Constituição de 1988, art. 226, § 59, compete a administração do casal quando o marido (art. 251, 1-111): está em lugar remoto ou não sabido; está em cárcere por mais de dois anos; foi judicialmente interditado.

O domicílio da mulher, em virtude do art. 36, parágrafo único, 1ª parte, era domicílio legal: domicílio dela era o do marido, fosse legal fosse voluntário; o dela era sempre legal. Podia e pode ter outro além desse (princípio da não-exclusividade do domicilio legal). Ainda com o assentimento do marido não podia mudá-lo, mas podia criar outro, assentindo o marido (sem razão, H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 1, 159; H. Rehbein, *Das Btirgerliche Gesetzbuch,* 1, 23; P. Oertmann, *Alígemeiner Teil,* 35).

Sob

o

direito

atual

passa-se

diversamente, de modo a não conceber-se exclusivamente legal o domicilio da mulher; é-o, tambêm, o voluntário. Portanto, domicilto-ato jurídico *stricto sensu* (voluntário) e domicílio-fato jurídico em

sentido restrito (legal). Se o juiz deferiu a separação de corpos, indo a mulher residir noutro lugar que o lar, ou indo residir alhures o marido, não se dá, somente com isso, constituição de novo domicílio para a mulher, ou para o marido (G. Planck, *Kommentar,* 1, 32; EX Endemann, *Lehrbuch,* 1, 160).

Quanto às exceções a que o art. 36, parágrafo único, se refere, a do art. 251, 1 (marido em lugar remoto ou não sabido) permitia diferença de domicilio, porque no lugar ignorado, ou remoto, podia ter constituído domicilio o marido. *E.g.,* se o marido fora para o estrangeiro, ou se, sendo o marido domiciliado no estrangeiro, a mulher não o seguira para o estrangeiro, caso em que ela conservava ou constituía novo domicílio onde estava (O. Warneyer, *Rommentar,* 1, 21); se o marido não tinha domicílio, caso em que incidia o art. 33 quanto ao marido, e não quanto àmulher, ou se não comunicava à mulher ter constituído alhures domicílio (P. Oertmann, *AI/gemeiner Teil,* 35). A regra jurídica do art. 36, parágrafo único, 1ª parte, incidia ainda que a mulher estivesse separada, de fato, do marido, vivendo em cidades diferentes, ou se, tendo o marido constituído domicílio no estrangeiro, a mulher não o queria acompanhar, ou não queria ir residir fora (Konrad Cosack, *Lehrbuch,* 1, 6º ed., 97 s.; J.

Biermann, *BOrgerliches Recht,* 1, 451; H. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 23; sem razão, C. Crome, *System,* 1, 223, J. Kohler, *Lehrbuch,* 1, 274, e H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 1, 158). Se, porém, vindo do estrangeiro, separada, de fato, do marido, a mulher se fixava no Brasil, o seu domicílio era no Brasil, tendo cessado a comunidade do domicílio legal (cf. G. Planck, *Nomroentar,* 1, 31 s.; sem razão, E. Hôlder, *Aligemeiner Teil,* 98).

O domicílio legal da mulher casada, ou do marido casado, constitui-se no momento do casamento. Cessa quando se dá alguma das exceções do art. 36, parágrafo único, V e 3ª partes, que se hão ler simetricamente. Com a mode do cônjuge, continua o domicilio do sobrevivo até que outro se estabeleça. A sentença constitutiva negativa, na ação de nulidade ou anulação de casamento, faz cessar, *ex tunc,* a domiciliação legal (G. Planck, *Kommentar,* 1, 30; sem razão, H. Rehbein, *Das Búrgerliche Cesetzbuch,* 1, 23). Antes de transitar em julgado a sentença constitutiva negativa não se pode declarar não ser o legal o domicílio do cônjuge, nem se obter desconstituição dele. Trata-se de efeito da sentença que desconstitui o casamento, e somente dela. Se, com a morte do cônjuge A, ou separação judicial, o cônjuge E muda de residência e de centro de atividade, pode perder o

domicílio que tinha, mas adquire outro. Se continua com o domicilio do cônjuge A, desde a morte, ou separação judicial, o domicilio do cônjuge E é voluntário, e não legal (sem razão, H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 1, 159, nota 20).

A sociedade conjugal faz um cônjuge passar a ter o domicílio do outro. Não era válido pacto antenupcial que pré-

excluisse a incidência do art. 36, parágrafo único (R. Stammler, *Die Lehre uorn richtigen Recht,* 435 s.; H.

Neumann, *Handsausgabe,* II, 48). Se o marido tem mais de um, a mulher tem mais de um. Todavia, não é o domicilio da mulher dado pelo marido: *a)* se o marido, sem domicílio segundo o art. 31, ou segundo o art. 32

(portanto, com domicílio segundo o art. 33), desaparece logo após o casamento, porque se há de entender que na residência da mulher é que se estabelece a residência do casal, por aí *poder* ser encontrado o marido, mas esse domicilio cessa se o marido éencontrado e não quer residir onde é residente a mulher, e viceversa; *b)* na espécie do art. 251, li (cp. art. 40). Alguns juristas entendiam que, em caso de *abuso do direito,* por parte do marido, de fixar o domicílio, poderia escolher o seu a mulher (L. Kuhlenbeck, *Búrgerliches Gesetzbuch,* 1, 43; C. Crome, *System,* 1, 223; E. Eck, *Vortràge,* 1, 41; 3. Levy, *Der BegriJJ des Wohnsitzes,* 133). Tal caducidade do direito de fixar domicílio não estava na lei brasileira, nem na alemã (P. Wetzel, Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, *Archiu fOr Búrgerliches Recht,* 26, 133 5.; M. Bergheim, *Der Wohnsitz,* 35).

Alguns juristas *(e.g.,* E. Matthiass, *Lehrbuch,* 1, @ ed., 102) queriam que, cessada a sociedade conjugal, o domicílio legal continuasse, até que a mulher constituísse outro. Sem razão; se continuava (questão de fato) era apenas como domicilio voluntário.

Antes da Lei ne 4.121, de 27 de agosto de 1962, as mulheres casadas, maiores de dezoito anos, também podiam comerciar, em seu próprio nome se o marido assentisse por escritura pública (Código Comercial, art. 1ª, 4). As separadas judicialmente ou divorciadas não precisavam de qualquer assentimento. O domicílio continuava de ser o mesmo, comum ao marido e à mulher não separada judicialmente, podendo dar-se que tivesse adquirido outro, sozinha, em vidude do comércio.

A 2ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, a 27 de março de 1936 (RT 103/575), decidiu que, se a mulher nunca residiu no Brasil, embora domiciliado no Brasil o marido, e se cessou a sociedade conjugal, era esse o único elo que a ligava ao domicílio do marido e, cessado, não tinha ela domicilio no Brasil. A solução dada pode ter sido contra os princípios: domicílio conserva-se, se há qualquer ato que o faça continuar. A mulher podia ter interesse no Brasil, a que se ligava o seu domicilio legal, que pode continuar como domicilio voluntário.

A 1ª câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, a 19 de outubro de 1950 *(PJ,* 53/56), decidiu que, falecendo o marido em estado de loucura, podia a mulher fixar o domicilio. Morto o marido, qualquer que seja o seu estado, a mulher é que fixa o próprio domicílio. A 1ª câmara confundiu foro do inventário e partilha, que é o do domicílio do decujo (em virtude da regra jurídica sobre competência, que há no art. 96 do Código de Processo Civil de 1973, art. 135 do Código de Processo Civil de 1939), ou o foro de outras ações, e o domicilio legal da mulher casada. O domicílio da mulher casada é o do marido, como o do marido é o da mulher casada; se foi interditado, ela é que o fixa (arts. 251, III, e 36 e parágrafo único), ou ele, se interditada fora ela. Se se dissolve a sociedade conjugal, ela fixa como lhe apraza o próprio domicílio e, se continua de ser o mesmo do marido, é Como seu, voluntário, que ele continua.

9. *Domicílio do preso.* Estatuí o art. 40: "O preso, ou o desterrado, tem o domicilio no lugar onde cumpre a sentença, ou o desterro". No direito brasileiro, o domicílio do preso é legal. Legal, porém não exclusivo. Tal domicílio legal estende-se à mulher e aos filhos, salvo incidência do art. 251, II, ao tutelado e ao curatelado. Diz o art. 36, parágrafo único, que, competindo à mulher a administração do casal, cessa a regra jurídica cogente do domicílio legal da mulher casada. Uma das espécies é a do marido em cárcere por mais de dois anos (art. 251, II).

Se o marido está preso por menos de dois anos, o seu domicilio é no lugar em que está preso, impondo-se àquelas pessoas a que a lei dava domicílio legal por extensão (art. 36 e parágrafo único, 1ª parte). Se foi conservado o domicilio anterior é questão de fato. Se a mulher passa a administrar o casal, é ela que fixa o domicílio, mas surge a questão: to domicilio do marido é esse, que a mulher escolheu, ou que

tinham, ou é o legal do art. 40?

Com a condenação a dois anos, o marido perde a administração do casal, não perde o domicilio legal do art. 40, de modo que, para a mulher, o domicílio é o que tinha, o que ela constitui, para o marido é o do lugar em que cumpre a sentença penal, ou esse e aquele domicílio, que é do casal.

O principio de liberdade de estabelecer domicílio, que não pode ser restringido, somente sofre exceção quando a lei cria domicilio legal e exclusivo, o que, no sistema jurídico brasileiro, não acontece com o próprio preso (art.

40), no interesse dele. No direito civil argentino, o art. 95 diz que *la residencia inuolutitaria por destierro, prisión etc.,* no *altera ei domicilio anterior si se conserva alti la Jarnilia, á se tiene ei asiento principal de los negocios.* O direito brasileiro adota o domicílio legal, porém não exclusivo. Mas é preciso que tenha havido condenação trânsita em julgado, para que se tenha por eficaz a domiciliação alhures. O próprio cumprimento de sentença, enquanto essa não transita em julgado, não faz legal o domicílio do preso; o trânsito em julgado é que impõe *ex tunc* a domiciliação legal. Há, portanto, lapso de pendência. Se a condenação é a mais de dois anos de prisão (art. 251, II), há o domicilio do casal e da mulher e domicilio do marido, podendo ocorrer, para esse, a pluralidade.

10. *Funcionários públicos.* Diz o art. 37: "Os funcionários públicos reputam-se domiciliados onde exercem as suas funções, não sendo temporárias, periódicas, ou de simples comissão, porque, nestes casos, elas não operam mudança no domicilio anterior". O que importa, inicialmente, é saber-se se o art. 37 é regra jurídica sobre domicílio legal, *domicilium necessariurn,* ou se apenas é regra de presunção *iuris tantum.* A interpretação, que, a princípio, o Supremo Tribunal Federal deu, foi, um tanto equivocamente, a de ser regra sobre domicílio legal (20

de setembro de 1919 e 1ª de julho de 1929, *RST* 12/265, *Ai* 323). Sem razão, como veremos. Convém atender-se a que a referência a funções, e não a cargos, resultou de precisão técnica de Teixeira de Freitas, para que pudesse ser considerado domiciliado alhures o funcionário que só tem funções por alguma parcela do ano. Conforme a nota ao art. 176 do *Esbôço,* afastou-se toda ligação ao Código Civil francês que se referiu à vitaliciedade: *L*"*acceptation de fonctions conférées à vie*

ernportera translation immédiate du dom icile du fonctionnaire dans te lieu oú ii doit exercer ces *fonctions.* Não se alude ao cargo, só se alude a funções. Tem-se de indagar se elas são por todo o tempo do ano, ou se o não são. Se não são por todo o tempo do ano, sem se levar em conta o que corresponde a férias, não incide o art. 37. Bem assim se são periódicas, *e.g.,* se hão de ser exercidas durante dois anos em cada dez anos. Se o funcionário público é enviado em comissão, o art. 37 incide quanto ao lugar em que ele exercia as funções, e não quanto ao lugar em que vai exercer, em comissão, alguma função. Toda interpretação que se refira a "cargo" vitalício, a "cargo" estável, ou a "cargo" em comissão infringe a letra do art.

37. Por isso mesmo, andou acertada a 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 22 de janeiro de 1929

(RT 69/296), quando apenas disse que os funcionários públicos se reputam domiciliados onde exercem as suas funções, não sendo temporárias, periódicas, ou de simples comissão, porque, em tais casos, não operariam mudança no domicilio anterior. Quanto à questão de se tratar de regra jurídica sobre domicilio legal, ou de presunção *iuris tantum,* não houve estudo da questão pela doutrina e pela justiça, mas é de ver-se que a expressão

"reputam-se", que aparece no art. 37 muito se distingue de outras expressões, de que usou o legislador, quando estabeleceu domicilio legal: no art. 36, diz-se que os Incapazes "têm por domicilio" o do titular do pátrio poder, o do tutor, ou o do curador; no art. 36, parágrafo único, insistia-se em que a mulher casada "tem por domicílio" o do marido; no art. 38, ainda fortemente se estatui que o domicílio do militar em serviço ativo é o lugar onde serve; no art. 38, parágrafo único, assenta-se que as pessoas com praça na armada têm o seu domicílio na respectiva estação naval, ou na sede do emprego que exerça em terra; no art. 39, enuncia-se que o domicílio dos oficiais e tripulantes da marinha mercante é o lugar onde está matriculado o navio; finalmente, no art. 40, estabelece-se que o preso tem o domicílio no lugar onde cumpre a sentença. Somente no art. 37 se diz que os funcionários públicos se *reputom* domiciliados onde exerçam as suas funções, não sendo temporárias, periódicas, ou de simples comissão. A letra da lei é a de regra jurídica sobre presunção *iuris tantum.* Justamente porque se empregou o verbo "reputar" foi que se dispensou a parte final do art. 176, 39, do *Esbôço* de Teixeira de Freitas, onde, depois de se falar de domicilio necessário, se escreveu: "Os funcionários públicos, no lugar onde exercerem suas funções, não sendo estas temporárias, periódicas, de mera comissão, se eles não manifestarem intenção em contrário." (Aliás, a nota final de Teixeira

de Freitas ao art. 176 é sem sentido, uma vez que só se pode cogitar de dispositividade de regra jurídica se alguma regra foi feita, razão por que não se deve levar em conta o que ai escreveu.) O funcionário público apenas se reputa domiciliado onde exerce a função. Prova em contrário pode ser dada. Se a função é temporária, ou periódica, ou de simples comissão, o art. 37 não incidem,

— ele mesmo o diz. A função temporária, como a função periódica e a em comissão, é sem qualquer influência sobre o domicilio do funcionário público: não há mudança do domicilio anterior, seja o domicílio reputado tal conforme o art. 37, seja o domicílio que em verdade tenha. Se a pessoa não é funcionário público, mas tem função temporária, periódica, ou de simples comissão, que o faça funcionário público, tal exercício também não lhe muda o domicilio que tinha ao tempo da nomeação. Se por outra razão há mudança, tem-se de alegar e provar.

Sempre que há a presunção *luris tantum* do art. 37, 1ª parte, mas foi elidida, o art. 31 incide, bem assim qualquer dos arts. 32-34. Na mesma situação estão os funcionários dos Ministérios militares que não sejam militares. A lei militar é que diz qual o funcionário que tem categoria militar sem ser honorária, e qual o que não na tem. Se o art. 36, ou o seu parágrafo único, ou o art. 40 incide, não há pensar-se na presunção do art. 37, 1ª parte.

No direito argentino, art. 90, 1º. a regra jurídica é sobre domicilio legal: Los *funcionarios publicos, eclesiásticos á* secu *lares, tienen su domicilio en ei lugar en que deben llenai- sus funciones,* no *siendo estas tem porarias, periódicas, á de sirnple com ision.*

11.

Oficiais e tripulantes da marinha mercante. Diz o art. 39: “O domicilio dos oficiais e tripulantes da marinha mercante é o lugar onde estiver matriculado o navio”. O oficial ou tripulante da marinha mercante, embora empregue a vida em viagens, não está na situação da pessoa de que cogita o art. 33, porque há ponto central de negócios, que é o lugar em que está matriculado o navio. Desde o momento em que o oficial ou tripulante da marinha mercante é removido de um navio para outro, que esteja matriculado em porto diferente, há mudança de domicílio. O domicílio de que cogita art. 39 é legal, porém não exclusivo. Se os pressupostos do art.

38 *(e.g.,* em caso de mobilização militar, art. 38, parágrafo único), ou do art. 40 se compõem, o domicílio legal segundo uma ou outra dessas regras jurídicas corta a incidência do art. 39: já o oficial ou tripulante não está ligado ao navio; ou está ligado à estação naval, ou à sede do emprego exercido em terra, ou ao lugar onde cumpre a sentença criminal.

12. *Diplomatas brasileiros.* Estatui o art. 41: "O ministro ou agente diplomático do Brasil, que, citado no estrangeiro, alegar exterritorialidade sem designar onde tem, no pais, o seu domicílio, poderá ser demandado no Distrito Federal ou no último ponto do território brasileiro, onde o teve." O diplomata, a que se atribui exterritorialidade, conserva o domicílio no seu país. O art. 41 não diz que o diplomata brasileiro, que não goze de exterritorialidade, conserve o domicílio no país. O art. 41 somente se refere ao diplomata brasileiro quando goza de exterrítorialidade. Esses são os dois primeiros elementos do suporte fático do art. 41. Terceiro elemento é o ter sido citado no estrangeiro. Quarto, o ter alegado exterritorialidade, sem designar onde tem, no Brasil, o domicilio. O art. 41 permite que, devido à falta de declaração do diplomata, quanto ao domicílio em que pode ser citado, dentro do território brasileiro, o autor tenha escolha entre demandá-lo no último ponto do território brasileiro, onde o teve, ou no Distrito Federal. O art. 41 não contém regra sobre domicílio legal, nem regra de presunção sobre domicílio. O melhor lugar para a regra jurídica do art. 41 teria sido o Código de Processo Civil; mas a heterotopia é sem Consequências.

13. Domicílio *voluntário.* O domicilio constitui-se voluntariamente, se não há domicílio legal exclusivo. O

domicilio legal é *dom icilium necessarium;* o domicílio que resulta de escolha, expressa ou tácita, diz-se *dornicilium voluntarium.* A morada é. de regra, fato. Entra no suporte fático do domicílio como o elemento mais frequente, porém não necessário. Por isso mesmo não coincidem, sempre, residência e domicilio, menos ainda morada, residência e domicílio. *A fortiori,* não tem qualquer relevância pertencer à pessoa, ou não, a casa de residência: pode ela residir em duas casas, em duas cidades, e ter domicílio exatamente naquela de que não é dono. Porém, se a pessoa reside e tem centro de ocupação habitual num lugar, não pode dizer-se exclusivamente domicilíada noutro lugar. A permanência sem ânimo de definitiva residência é insuficiente como

elemento residencial: *e.g.,* estudante, quanto à cidade universitária, ou ao colégio; doentes, quanto ao hospital. *A priori,* dar-se-ia o mesmo com o preso, se não houvesse no sistema jurídico brasileiro a regra jurídica do art. 40. Não são domiciliados na casa do patrão a cozinheira, o jardineiro, a arrumadeira, o motorista do carro, o faxineiro, a engomadeira, a dama de companhia; salvo se o domicilio por outros pressupostos se constituiu *(e.g.,* foi, desde criança, acolhido pelo patrão, ou se houve, para a governante de crianças, mudança com ânimo de fixar-se até a maioridade das crianças, ou definitivamente, sem qualquer outro ponto de fixação).

A constituição voluntária de domicilio é ato jurídico *stricto* sensu (A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* 1, 429, nota 8; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 218; G. Planck, *Kommentar,* 1, 27), e não negócio jurídico. Exige-se capacidade civil, além de se exigir que não infrínja exclusividade. No direito brasileiro, não há a constituição do domicílio pelo relativamente incapaz, ainda que assinta o titular do pátrio poder, tutela ou curatela. Se a pessoa tinha domicílio e se tornou incapaz, tendo assumido a curatela pessoa domiciliada alhures, há novo domicílio, que é o do curador.

14. *Especificação do domicílio.* Diz o art. 42: "Nos contratos escritos poderão os contraentes especificar domicilio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes." Quando apareceu o Código Civil, o art. 42 passou a ser invocado como regra de direito processual, e não no era, de modo nenhum. O art. 42

do Código Civil apenas diz que "os contraentes podem especificar domicílio, onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes." Pura regra de direito material, — *bis in* idem do art. 950, que a ela alude.

Lê-la como de direito processual, heterotopicamente inserta no Código Civil, seria confessar que fora derrogada pelo Código de Processo Civil, de 1939. Lê-la como de direito material, e não processual, é reconhecer que não estabeleceu norma *de* competência *judiciária.* Os processualistas já reclamavam contra o foro de eleição, sem que isso importasse em serem hostis (nem no podiam ser) à regra de permissão da determinação voluntária do lugar da execução. A regra dos arts. 42 e 950 do Código Civil corresponde ao § 269 do Código Civil alemão, ao passo que não *havia,* no Código de Processo Civil, regra que corresponda à Ordenação processual alemã, § 29

(verbis “o Tribunal do lugar onde deva cumprir-se a obrigação”), nem ao revogado art. 62 do Reg nº 737, de 25

de novembro de 1850. O direito processual alemão possui, assim, o foro da execução do contrato; não possui o de eleição. Nós não tínhamos — *obter,* hoje — nem um, nem outro.

O

princípio de liberdade da escolha de domicílio não é principio de vontade arbitrária. A manifestação de vontade sem que haja elemento fátíco para a domiciliação não basta. No suporte fático há de haver vontade *mais* residência ou centração de negócios. Rege isso ainda para a mudança de domicílio (art. 34) ou a sua conservação.

No Código Civil argentino, art. 101, diz-se que “las personas en sus contratos pueden elegir un domicilio especial para la ejecución de sus obligaciones”. No art. 102, acrescenta-se: “La eleción de un domicilio implica la extensión de la jurisdicción que no pertenecia sino à los jueces deI domicilio real de las personas . Não havia no direito brasileiro a segunda dessas regras jurídicas. Os domicílios especiais são, no sistema jurídico brasileiro, os fiscais; de modo nenhum o domicilio do art. 33, que é domicílio voluntário, subsidiariamente concebido (sem razão, Alberto G. Spota, *Tratado,* 1, 33, 764). O art. 42 não corresponde à escolha arbitrária de domicilio, ao chamado domicilio especial do contrato.

Uma coisa é o domicílio da execução, conceito de direito material, e outra, o foro de eleição, que pode ser o do lugar da execução *ou outro,* O foro de eleição, havendo-o, pode recair: no lugar do contrato *(Jorumn contractus*

+ forum electionis); no lugar da execução *(Jorurn destinatae solutionis + forum election is);* em “qualquer lugar” *(forum electionis* indeterminado); em certo lugar que não seja o da conclusão do contrato, nem o da execução *(forum electionis* certo, porém não coincidente com o do contrato ou com o da execução); no lugar em que se achar *(forurri electionis* determinável pela estada). Ao tempo das Ordenações Filipinas tivemos o foro do lugar eleito para execução, sendo tal lugar tomado como base para presumir-se eleito o foro, e o foro eleito expressamente. Não tínhamos, de modo nenhum, no Código de Processo Civil de 1939 o foro eleito expressamente, nem o do lugar da execução diferentemente do que se dá sob o Código de Processo Civil de 1973, art. 111. Pensar diferentemente era sabotar o

Código de Processo Civil. Se não tínhamos esse, não podíamos ter aquele, porque se não há de presumir o que seria vedado dar-se. Cairia no vácuo a presunção. O

foro do lugar de conclusão do contrato não estava, de maneira alguma, no Código de Processo Civil. As Ordenações Filipinas, do Livro III, Título 6 § 3, diziam: "E quando alguma pessoa se obrigar geralmente (a) responder perante quaisquer justiças, onde o autor o quiser demandar, poderá somente ser demandado no lugar, onde for achado, mas não poderá em outra parte ser citado para ir responder a outro lugar, que não seja de seu foro, ainda que o autor aí o queira demandar, posto que em tal obrigação renunciasse o juiz de seu foro." Antes o

§ 2 havia admitido o foro da execução quando alguém se obrigasse a „responder por alguma razão, ou a pagar alguma dívida em ceda vila ou lugar", pois "por vontade se obrigaram a isso". No Titulo 11, § 3, acrescentavam as Ordenações:

"O Juiz ordinário poderá mandar citar fora da sua jurisdição todo aquele que quiser citar por causa de algum negócio, que tratasse no lugar da sua jurisdição: pode-se pôr exemplo no tutor, curador, feitor, negociador, procurador, e qualquer outro semelhante condição, e será demandado no lugar onde o dito negócio tratou, ou administrou." Não há por onde se encontrar nesse artigo o foro de eleição. O problema técnico legislativo da determinação do *foro* da obrigação é independente do problema técnico legislativo da determinação do lugar da execução. Aquele é de direito processual e constituiu, desde sempre, assunto de graves controvérsias, ainda quanto à determinação *a priori,* ou *de lege ferenda.* A ligação do lugar da execução, se foi pactuado, é baseado em fontes romanas (E von Savigny, *Systern,* VIII, § 370).

Preliminarmente, observemos que a jurisprudência em torno da questão de continuar a regra jurídica sobre foro do contrato somente parte de premissas absolutamente erradas: *a)* a de que no art. 42 se admitiu a livre escolha de domicilio, para efeito do contrato, o que de modo nenhum está no art. 42; *b)* a de que, não tendo o Código de Processo Civil de 1939 revogado o art. 42, se tem no sistema jurídico o foro do contrato. Quanto à primeira premissa, basta ler-se o art. 42, para se ver quão apressadamente e sem qualquer respeito pelas regras de interpretação das leis se atribuiu ao art. 42 a permissão de se criar domicílio, por simples declaração de vontade: o Código Civil, nos arts. 3 1-40, editou as regras sobre domicilio legal e domicílio voluntário;

como pode haver dualidade de domicílios, ou, até, mais de dois domicílios (ads. 32 e 33), o art. 42 permitiu *(verbo* "poderão") aos contraentes (entendamos: os figurantes, ou o figurante do negócio jurídico) especificar domicilio onde se exercitem e cumpram os direitos e deveres decorrentes dos negócios jurídicos escritos. A espécie do art. 42 entra na classe das *convenções sobre lugar de execução :* o pagamento há de ser feito no lugar do domicílio do devedor, salvo se os figurantes convencionaram diversamente, ou se o contrário resulta das circunstâncias, da natureza da obrigação, ou da lei (art. 950); se foram designados dois ou mais lugares, entende-se que se deixou ao credor a escolha (art. 950, parágrafo único); se há pluralidade de domicílios, podem os figurantes "especificar" domicilio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações resultantes do negócio jurídico (art.

42). Nada se disse sobre constituição arbitrária de domicilio. No direito processual anterior a 1939, sim (Reg. ne 737 de 25 de novembro de 1850, art. 62, estendido ao processo civil, conforme o Decreto nº 763 de 19 de setembro de 1890, art. lº): "Todavia, obrigando-se a parte expressamente no contrato a responder em lugar certo, ai será demandada, salvo se o autor preferir o foro do domicílio." O que aí se estabelecia era o *foram election is.*

Tivemo-lo. As criticas, que se lhe fizeram, foram profundas e justas. Não tínhamos o *forum contractas.* O Código de Processo Civil de 1939 não inseriu nenhuma regra sobre foro do contrato, nem sobre foro eleito. O lugar próprio para qualquer regra sobre foro é o Código de Processo Civil. Nem o Código Civil falou de foro, nem o Código de Processo Civil de 1939 possuiu qualquer regra sobre foro de contrato e foro eleito. O que o Código Civil contém éregra de eleição do lugar da execução das obrigações (art. 950) e regra sobre especificação de domicílio, quando haja dois ou mais (art. 42). E admirável a sem-cerimônia com que os juizes partiam da premissa de não estar revogado o art. 42 e, sem qualquer atenção aos textos da lei, criavam regra de competência

— assunto puramente de direito processual, onde não cabia nenhuma revelação de regra jurídica não escrita —

sob pretexto de que não foi abolido o foro convencional. SOnde esteve no Código de Processo Civil de 1939, ou, sequer, no Código Civil, regra correspondente ao art. 62 do Reg. no 737? Em nenhuma parte. ~Onde se disse, no Código Civil, que o contraente pode constituir domicilio, arbitrariamente? Em parte nenhuma. O que o art. 42

permitiu foi especificar-se o domicílio, para que se evitem os inconvenientes da inespecificação e, pois, da livre escolha pelo credor, ou se pré-exclua a incidência do art. 33. Especificar é apontar distinta e individualmente as coisas, ou, nomeadamente, as pessoas (Antônio de Morais e Silva, *Dicionário da língua portuguêsa,* 1. 3º ed., 736; Francisco Solano Constâncio, *Novo Dicionário,* 510). Quem cria alguma coisa não especifica. Dentre diversas mercadorias, especifica-se a que se quer. Especifica-se, também, passando a matéria de uma espécie a outra (arts. 6 11-614). Quando a jurisprudência disse que o Código de Processo Civil de 1939 não revogou o art.

42 do Código Civil (Supremo Tribunal Federal, 5 de novembro de 1943 e 17 de setembro de 1946, *RT* 150/341, *RF* 112/102; 3º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 30 de novembro de 1940, *RT* 129/173), esteve certa, porém os juizes não deviam raciocinar com o art. 42, que nada tem com o foro, nem estabeleceu dimicílio por eleição, mas, sim, especificação de domicílio: a questão tinha de versar sobre estar revogado, ou não, o art.

62 do Reg. nº 737 e sobre poder, ou não, o juiz criar regra de competência, (que não esteja em lei processual, ou resulte da Constituição. O Código de Processo Civil de 1939 revogou, pelo art. 1.052, todas as regras jurídicas sobre competência. Quanto ao art. 42, não precisava revogá-lo, porque o art. 42 não contém qualquer regra sobre criação arbitrária de domicílio, ou sobre competência. Ainda é temp9 de se evitar interpretação que destoa de todos os princípios e da letra da lei. Quando os tribunais mostram descaso pelos textos e pelos princípios, há sempre tempo para se voltar ao respeito da Lei, ganhando em prestígio os tribunais. A culpa foi toda devida ~

intérpretes apressados, que tinham em mente o art. 62 do Reg.; nº 737 e não sabiam desgarrar-se dele.

15. *Domicílio fiscal.* Existe conceito especial de domicílio, que é aquele que o direito fistal estabelece para se saber onde se tem de se considerar, para eleitos de incidências dos impostos, domiciliadas as pessoas. Se tal domicílio fiscal somente foi estabelecido pela lei fiscal, não se pcde pretender que estabeleça competência processual. A regra insenta no direito fiscal que crie tal pressuposto suficiente de competéncía é regra processual heterotópíca. A respeito do imposto de renda, a legislação específica contém regras jurídicas sobre domicílio fiscal e sobre competência administrativa das autoridades.

16.

Pluralidade de domicilio e *princípio da exclusividade.* Se bem que a regra jurídica sobre domicilio legal afaste que se possa deixar de ter por domicílio o domicilio legal, de nenhum modo implica a exclusividade do domicílio. A despeito disso, a doutrina alemã insistiu em inserir no conceito de domicilio legal o elemento da exclusividade. Por quase trinta anos, afirmou-se que o militar somente poderia ter o domicílio legal, mas acabou-se por admitir que não cabe o principio da exclusividade (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 39º ed., § 89, nota 23 A).

Mas ainda continua a doutrina a negar possibilidade da existência simultânea de domicilio legal e domicilio voluntário da mulher casada. O assunto merece trato mais científico. Cumpre distinguir-se o domicílio legal por fato de fixação, como o do preso (art. 40), o do militar (art. 38), os das pessoas com praça na armada (art. 38, parágrafo único) e os dos oficiais e tripulantes da marinha mercante (art. 39) e o domicílio legal por participação, como é o dos incapazes (art. 36) e foi o da mulher casada (art. 36, parágrafo único). O princípio da exclusividade não apanha, obviamente, o caso do preso. Nem é ele de invocar-se como absoluto, em se tratando do militar em serviço ativo, das pessoas com praça na armada, e dos oficiais e tripulantes da marinha mercante. Quanto ao domicílio legal participacional, a mulher casada tem tantos domicílios quantos o marido tenha, e vice-versa. Os incapazes têm por domicílio os domicílios do titular do pátrio poder. Se o tutor ou curador tem dois ou mais domicílios, o foro legal do tutelado ou do curatelado é aquele que se invocou para se obter a nomeação do tutor, ou do curador, salvo transferência da tutela ou da curatela a outra jurisdição. Se o tutor ou curador muda de domicílio, de modo a não ter mais domicilio no lugar da tutela ou da curatela, o foro do domicílio do tutelado, ou do curatelado, permanece o mesmo.

§ 72. Mudança de domicílio

1. *Conceituação* . De domicílio muda-se quando se deixa a um para se constituir outro. Se se constituiu outro por se ter de deixar a um, ou a algum, ou alguns, ou a todos, não se mudou: a intenção de vir a deixar não é intenção de deixar; quando um começou, o outro ou outros não acabaram. A mudança de domicílio assume aspecto mais grave quando o sistema jurídico adota, como o direito argentino, a unicidade de domicílio (art. 97, 3º parte:

"El carnbio de domicilio se verifica instantáneamente por eI hecho de la translación de la residencia de un lugar á otro, con ánimo de permanecer en él y tener alli su principal establecimiento." E princípio de direito público que não se pode excluir ou cercear a liberdade de escolha de domicilio, ou de mudança (Teixeira de Freitas, *Esbôço,* art. 179: "Esta livre faculdade não pode ser por qualquer modo coaretada, ou em contratos, ou em disposições de última vontade, e reputar-se-ão não escritas quaisquer condições ou cláusulas em contrário."). A sanção é a de nulidade, e não a de inexistência do pacto, invalidado todo o ato, se condicional (art. 116, 2? parte). No direito argentino, art. 97. 1ª e 2ª partes, diz-se: "El domicilio puede cambiarse de un lugar áotro. Esta facultad no puede ser coartada ni por contrato, ni por disposicíón de última voluntart." No art. 96, o Código Civil argentino diz que, "en eI momento en que eI domicílio en pais extranjero es abandonado, sin ánimo de volver á él, la persona tiene ei domicilio de su nacimiento." Tal regra jurídica, de *ivre condendo* desaconselhada, não na tem o direito brasileiro. Não se volve ao passado remoto, nem próximo. Quem mudou de domicilio mudou para algum lugar. Não é admissível adotar-se o principio de que todos têm domicilio e supor-se que se perca o domicílio no estrangeiro e não se adquira outro, — ainda que tenha de ser aquele lugar em que a pessoa seja encontrada (art. 33).

2. *Ônus da prova.* Se A era domiciliado na cidade de Maceió e não se sabe, agora, onde é o seu domicilio, há de entender-se que não houve mudança, por falta da prova de que cogita o art. 34, parágrafo único. Quem alega que mudou de domicilio, ou que alguém mudou de domicílio, tem o ônus de prová-lo. No Código Civil argentino, art.

98, preferiu-se a formulação de regra jurídica interpretativa: "El último domicilio conocido de una persona es cl que prevalece, cuando no es conocido eI nuevo." Mas a regra jurídica tem o inconveniente de supor existência de novo domicilio e não ser conhecido. Ora, em verdade, a falta de prova apenas deixa o vácuo: *ou* existe, sem ser conhecido, ou não existe. Em verdade, a regra jurídica que se poderia edictar seria diferente: quem afirma a mudança de domicilio tem de prová-lo; presume-se que o domicílio permanece o mesmo. Pode dar-se, no direito brasileiro, que tenha havido constituição de outro domicílio, ou de outros domicílios. O art. 99

do Código Civil argentino cabe no art. 34 do Código Civil brasileiro: "El domicilio se conserva por la sola intención de no cambiarlo, ó de no adoptar otro." Aliás, no direito brasileiro, de não adotar outro em

substituição,

§ 73. Residência

1. Conceito. *Residência* é conceito jurídico, que alude a elemento fático. Se, por exemplo, o demandado não tem domicílio, nem residência, no Brasil, a ação será proposta no foro do domicilio do autor ou, se esse também reside fora do Brasil, sê-lo-á em qualquer foro (Código de Processo Civil, art. 94, § 3ª). A residência da mulher estabelece o foro competente para a ação de desconstituição de sociedade conjugal (Código de Processo Civil, art. 100, 1, primeira regra jurídica), enquanto para a ação em que se peçam alimentos são o domicílio ou a residência do alimentando que o fixam (Código de Processo Civil, art. 100,11). A *morada* pode-se tornar conceito jurídico. Não há, porém, no direito civil e comercial brasileiro, qualquer regra juridica que possa justificar considerar-se fato jurídico a simples morada. Está em pleno mundo fático. Por exemplo: reside A no prédio da rua A, mas dorme, come, vive, ou no escritório ou em casa de algum amigo, lugar em que pode ser encontrado, porém não é o da sua residência (com telefone, criados, recepções etc.). Se a residência é com ânimo definitivo (não necessariamente para toda a vida), perfaz o domicílio: ao suporte fático do domicílio bastam residência + ânimo definitivo de residir Por aí se vê que a residência pode ser simples ato-fato jurídico. Se há duas ou mais residências com ânimo definitivo, há dois ou mais domicílios. Se a residência não é acompanhada de ânimo definitivo, nem por isso deixa de ser residência. Se a pessoa não pode somente por si constituir domicílio, como se dá com o incapaz, ainda o relativamente incapaz, o fato da residência não supõe o suporte fático do domicílio. O menor de dezesseis anos, que residia com a mãe, sendo titular do pátrio poder o pai, ou estando sob tutela, ou curatela, continua de residir no lugar em que residia a mãe morta, porque para a continuação da residência não é mesmo preciso ato jurídico stricto senso. Se, após calamidade, o menor de dezesseis anos ou o louco se refugia em alguma casa e ai permanece, esse lugar é o da sua residência, porque basta ato-fato jurídico para se compor residência: ainda que outro seja o lugar do domicilio legal. O menor que foi internado pelo juiz no colégio reside no colégio, ainda que tenha outra residência.

2. *Morada.* A *morada* é fática. O que está de passagem na cidade e

toma quarto de hotel, à espera de novo avião, ou de trem de transbordo, mora, não reside. Tal lugar é aquele em que no momento se encontra. Mas há morada por longo tempo, e.g., a do pintor que tem o seu lugar de trabalho e repouso na água-furtada de prédio vizinho ao da sua residência.

§ 74. Nacionalidade

1. *Conceito.* Nacionalidade chama-se à relação jurídica entre a pessoa física (por extensão, a pessoa jurídica) e o Estado. De tal relação jurídica irradiam-se efeitos de direito público e de direito privado. Desde que o sistema jurídico adota como estatuto o do domicílio, perde de importância, no direito privado, a nacionalidade. No direito substancial, o princípio de igualdade formal exige tratarem-se como iguais perante a lei nacionais e estrangeiros, salvo onde a Constituição de 1988 abre exceção ao princípio de isonomia. Não ofende tal princípio o tratado que atribua certos direitos públicos ao estrangeiro, em reciprocidade, se não há texto da Constituição de 1988 que com isso seja ferido.

2.

Apátrides e *polipátrides.* Chamam-se apátrides os que não têm nacionalidade; polipátrides, os que têm duas ou mais. Quando o sistema jurídico adota o estatuto do domicílio, a diferença entre nacionais, apátrídes e polipátrides desaparece. O polipátride, uma de cujas nacionalidades é a brasileira, só se trata como Brasileiro.

3. *Tratamento especial.* Quando a Constituição estabelece ou permite distinções entre nacionais e não-nacionais, o requisito da nacionalidade passa a ser elemento do suporte fático das regras que beneficiam os nacionais. Tais regras jurídicas são de interpretação estrita, porquanto qualquer analogia feriria o texto constitucional.

Capítulo V

§ 75. Conceito de pessoa jurídica

1. *Dado fático.* As pessoas jurídicas, como as pessoas físicas, são criações do direito; é o sistema jurídico que atribui direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções a entes humanos ou a entidades criadas por esses, bilateral, plurilateral (sociedade, associações), ou unilateralmente (fundações). Em todas há o supode fático; e não há qualquer ficção em se ver pessoa nas sociedades e associações (personificadas) e nas fundações: não se diz que são entes humanos; caracteriza-se mesmo, em definição e em regras jurídicas diferentes, a distinção entre pessoas físicas e pessoas jurídicas. Nem sempre todos os homens foram *sujeitos* de direito, nem só eles o foram e são. A discussão sobre serem reais, ou não, as pessoas jurídicas é em torno de falsa questão: realidade, em tal sentido, é conceito do mundo fático; pessoa jurídica é conceito do mundo jurídico. O que importa é assentar-se que o direito não as cria *ex nihilo;* traz, para as criar, algo do mundo fático. Se há realidades espirituais (E. 1. Bekker, Was sind geistige Realitäten?, *Archiu for* Rechts- *und Wirtschaftsphilosophíe,* 1, 185-193), ou se não as há, constitui problema que se há de ter resolvido, ou dado como resolvido, *antes* de se entrar no mundo jurídico. As teorias sobre a pessoa jurídica aí se situam; são perspectivas do mundo fático, que apanham parte do mundo jurídico, mas somente porque o conceito de pessoa jurídica éconceito do mundo jurídico. A discussão sobre ser ficção a pessoa jurídica apaga todos os elementos, com *que* o sistema jurídico trabalhou, para apontar, aqui e ali, pessoas jurídicas. Por outro lado, procurou-se acentuar a diferença entre a representação das pessoas físicas e o órgão das pessoas jurídicas: em vez de se ter a atividade do órgão como uma das espécies de representação, contrapôs-se à noção de representação a de órgão (e.g., O. von Gierke, *Deutsches Privatrecbt,* 1, 480). O que havia de verdade em tal observação, a ciência recolheu, sem que se tivesse de negar o que há de parecido com a representação no órgão; se *o* ato do ôrgão fosse ato de representação, e não de presentação da pessoa jurídica, seria preciso adotar-se conceito mais largo de representação.

A teoria de A. Brinz *(Lebrbuch,* 1, 3º ed., 224 s.) negou a pessoa jurídica, substituindo-a pelo patrimônio destinado a fim, o que equivalia a cancelar-se um dos termos da relação jurídica e mergulhar-

se em ontologismo desesperado. Consequência: existiriam direitos sem sujeito. Por outro lado, a teoria de R. von Jhering *(Geist,* III, *1,* 216 S.; *Der Zweck* im *Recht,* 1, 469) tornava *transparente* a pessoa jurídica, também para se chegar ànegação dela: em verdade, lá estariam pessoas físicas (membros da sociedade, destinatários da fundação). Não assim E.

Hólder *(NatOrliche und juristisebe Personen,* 186) e J. Binder *(Das Problem der juristischen Persõnlichkeit,* 49

s.), que mostravam, por trás da figura irreal da pessoa jurídica, aquele, o ôrgão ou os componentes, conforme a natureza (altruísta ou egoísta) do que se compôs, e esse, só os membros.

A vida, o mundo fático, faz surgirem as pessoas físicas. Nasce o homem; o nascimento mesmo é fato jurídico. O

direito apenas, atento à vida humana, de que é produto e meio, a protege desde a concepção e reconhece ao nascido a capacidade de direito. Não se passa o mesmo com as pessoas jurídicas. Pessoas jurídicas, quaisquer que sejam, criam-se. E o homem que as cria; ainda em se tratando do Estado: alguns homens o criaram, no passado; talvez um só, ou alguns, ou, por alguns, todos, conforme lhes pertencia o *poder estatal.* Quando os homens têm de constituir as pessoas jurídicas, praticam atos prévios, que são o *dado fático,* com que operam.

A pessoa jurídica é tão oriunda de fátíco quanto a pessoa física. Deve-se à teoria orgânica (G. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht,* 158; O. von Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verhánde,* 17, e *Deutsches Priuatrecht,* 1, 469, 480), no que dela ficou, ter apontado o que há de comum e o que há de diferencial entre o ente que está por trás da personalidade física, como conceito jurídico, e o ente que há na personalidade jurídica. Por outro lado, serviu a se afastar a idéia de representação, para só ver o órgão, nas pessoas que atuam pelas pessoas jurídicas.

Com isso, livrou-nos de resíduo romanistico que dificultara a concepção da representação e mais ainda, portanto, a de órgão.

A pessoa jurídica é tão real quanto a pessoa física. O individualismo romano e o pós-romano foram superados; aquele, inapto a erigir a teoria das pessoas jurídicas, e esse, hostil à aparição da teoria, a

golpeavam com os conceitos de ficção. Ainda depois da teoria Contemporânea, de fonte germânica (H. Preuss, Stellvertretung oder Organschaft?, *Jherings Jahrbúcher,* 44, 421, 445 e 459 5.; C. Crome, *Systern,* 1, 126; H. Bamberg, *Zur Lebre von der Deliktsfàhiqkeit der juristischen Personen,* 31 s.; E. Billmann *(Haftun˚ der juristischen Personen,* 9 s.), quis-se mostrar na teoria de O. von Gierke ficção (9. Pois que é pessoa, a pessoa jurídica tem capacidade de direito. Pois que não precisa de representação legal, tem capacidade de obrar, capacidade negocial, de atos jurídicos *stricto sensu,* de atos-fatos jurídicos e de atos ilícitos (O. von Gierke, *Die Genossenschaftstheoríe,* 663; G. Krúqer; *Die Haftung der juristischen Personen,* 10; sem razão,g, *Die I-Iaftung der .Staats,* 54, excluia a capacidade delítual). Quem pratica os seus atos é o órgão, ou são os órgãos, se em caso de distribuição de funções; porque os órgãos são parte dela, como o braço, a boca, o ouvido, são órgãos da pessoa física (O. von Gierke, *Die Genossenschaftstheoríe,* 615; G. Krúger, *Die Haftun˚ der juristischen Personen,* 22; W. Reinecke, *Die Haftung der juristischen Personen,* 11). Para se saber se o sistema jurídico chegou à altura científica da concepção da pessoa jurídica dotada de órgãos, tem-se de verificar se nele há regras jurídicas que correspondem a essa concepção e seriam repelídas por teorias regressivas. A aparição do Código Civil alemão, discutiu-se se ele adotara a concepção romanística e a germãnica, a cada vez (E. Schlegelmilch, *Die Haftung der juristischen Personen,* 6), ou se tinha de adotar uma delas (cf. K. Linckelmann, *Die Schadensersatzpflicht,* 116 5.; K.

Saenger, *Erlàuterungen des* § *31 BGB.,* 5; Fromberg, *Die Haftung des Fiskus,* 48), ou exclusivamente a concepção germânica *(e.g.,* W. Reinecke, *Die I-Iaftung der juristischen Personen,* 5). A concepção de que a lei alemã e a brasileira partiram foi a concepção germânica, nas suas últimas formulações científicas. O que resta da velha concepção, dita romanistica, é, aqui e ali, reminiscência terminológica (e.g., arts. 15, *verbo*

„representantes", e 17, *verbo* "representadas"; Código Civil alemão, § 26). O órgão nem representa, nem tem a posição de representante legal (expressões do § 26 do Código Civil alemão, que se têm de interpretar como à semelhança" do representante legal, cf. F. Fusshõller, *Der* Organbeqriff, 21 5.; sem razão, E. Schlegelmilch, *Die Haftun˚ der juristischen Personen,* 23). Não seria de admitir-se que os dois Códigos houvessem deixado à ciência a questão (K. Saenger, *Erlàuterungen des* § *31 BGE.,* 5 s.; K. Rõhrich, *Die Haftung des Staates,* 5; sem razão: A. Korn, Delíktsfãhigkeit des juristischen Personen, *Festgabe fOr* Richard Wilke, 184 s.; Chr. Meurer, *Juristische Personen,* 179).

2. *Conceito jurídico e conceito econômico, ou político.* É preciso distinguir a pessoa jurídica, tal como o economista a vê, ou o político, e a pessoa jurídica, como aparece no mundo jurídico. O antigo direito romano desconhecia o conceito de pessoa jurídica: o ius *prívaturn* (ius civile) só tocava a pessoas físicas, aos *civis.* Os *coliegia* e as *sodalitates* não eram pessoas. A res *publica* era o bem do povo romano; e esse não era pessoa privada. Coisa do povo era *extra cornrnercium.* A própria terra do povo, *ager publicus,* não pertencia a ninguém.

Lá está em Gaio (L. 1, pr. D., *de divisione rerum et qualitate,* 1, 8): "quae publicae sunt, nuílius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur". *Nullus,* de ninguém. O próprio *ius* para os negócios jurídicos era *publicum,* e não *privatum.* Quando a *res publica* teve de entrar em comércio, privatizou-se. A evolução começou pelo *rnunicipium,* que passou a ser pessoa, no direito privado; depois, personificaram-se *coliegia, sodalitates* e *universitates.* Com a distinção entre *fiscus Coesaris* e *aerarium populi Rornanurn,* aquele entrou no rol das pessoas de direito privado (cl. L. Mitteis, *Rôrn isches*

Privatrecht, 1, 349 s.). A pessoa jurídica exsurgiu, portanto, em sua estrutura característica, no Império. Por isso mesmo, toda teoria que negou, ou nega, a existência de pessoa jurídica, no direito contemporâneo, contra as regras jurídicas positivas e a concepção mesma que está à base dos sistemas jurídicos, constitui regressão psíquica à idade pré-imperial, desconhece a evolução que se operou até se terem os bens municipais como bens pertencentes ao *corpus,* em vez de pertencentes a todos ou a ninguém (Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent, L. 7, § 1, D., quod cuiusque *universitatis nornine vel contra eam agatur,* 3, 4).

No direito romano, não havia, dissemos, vontade coletiva da *universitas,* exceto no direito público (O. von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht,* 155). Não podia delin˚oir, nem proceder com dolo ou culpa. A Idade média criou a capacidade delitual da pessoa jurídica. A responsabilidade da pessoa jurídica, inclusive do Estado, pelo ato do seu órgão como tal, corresponde a momento de longa evolução técnica, em que só se exige para a responsabilidade a culpa, ou a simples causação no exercício das funções. O ato é próprio, não do órgão como outra pessoa (F. Hartwig, *Die Haftung juristischer Personen fOr Delikte,* 50 s.). Precisa, para se considerar ilícito, ser, da parte da pessoa jurídica, contra direito (E. Lãning, *Die Haftung des*

Staats, 95).

A expressão “pessoa jurídica” vem do começo do século passado (A. Heise, 1807). Substituiu outros, como

“pessoa mística” e “pessoa moral”. Empregou-a F. von Savigny, o que lhe deu o prestígio que se seguiu (cf. O.

von Gierke, *Deutsches Priuatrecht,* 1, 369; W. Freistaedt, *Die Kõrperscbaften,* 5). Tal o nome que o Código Civil adotou.

O ser pessoa depende do sistema jurídico. Desde o momento em que regra jurídica, que a ele pertence, diz que A pode ter direitos, ainda que só o direito *b,* A é pessoa, porque a possibilidade de ter direito já é direito de personalidade. Se nem sempre há direito à personalidade, é tautológico que ter personalidade éter direito de personalidade. Na verdade, não há pessoa sem direito; quem é pessoa pode ser sujeito de direito, e já o é do direito de personalidade (cf. Arthur Levy, *Begriff und Rechtsnatur der Korporationsorqane,* 11). A expressão

“pessoa jurídica”, *terminus technicus* desde Heise, em 1807, mas divulgado por E von Savigny, não serve para se ter a pessoa jurídica como criação artificial do direito. O homem, as sociedades e associações, o Estado, o Distrito Federal, o Estado Federado, o Município e as fundações somente são, todos, pessoas, porque o sistema jurídico os tem como capazes de direito. O direito romano não havia percebido suficientemente que à capacidade de direito não é necessária a capacidade de obrar; e raciocinava: se não pode obrar não é pessoa. Ora, o homem, absolutamente incapaz de obrar, é pessoa, e não se justificaria que, por isso, não se admitisse a personificação de entidade que não fosse o homem. Por outro lado, o “omne íus hominum causa (factum est)”, que se lê na L. 2, D., *de statu haminum,* 1, 5, foi lembrado para se ter como fingida a pessoa jurídica. Ora, tal enunciado não se há de traduzir como “somente o homem pode ser sujeito de direito”, mas sim como “todo direito somente se faz no interesse do homem Exatamente, com as criações naturais (sociais) do Estado, do Município, das sociedades e das associações, das fundações e das entidades de direito público, o homem colima satisfazer interesses seus, e o direito, *hominum causa factum,* atribui a personalidade a tais criações, ou acabou pelas reconhecer, como acabou por atribuir personalidade a todos os homens. Não foi o direito que as criou, se bem que o legislador, pondo-se no lugar do manifestante de vontade criativa (ato constitutivo), possa criar alguma. O dado real, que está no suporte fático da pessoa jurídica, é

tão real como o que está no suporte fático da pessoa física (O. von Gierke, *Das Wesen der menschliche Verbônde,* 10; *Deutsches Privatrecht,* 1, 470). Quando o direito romano se punha na atitude de quem exige para ser pessoa o poder consentir (L. 1, § 22, D., *de adquirenda vel arnittenda possessione,* 41, 2: "universi consentire non possunt") era coerente, porque confundia *vontade* e *personalidade,* razão para admitir contra elas a pretensão de enriquecimento (L. 27, D., *de rebus creditis,* 12, 1) e não admitir que em dolo incorressem (li. 15, § 1, D., *de dolo,* 4, 3). Possuir e usucapir podiam por intermédio de outrem (L.

1, § 20, D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2), devido a concepção romana da intermediariedade, inconfundível com a da representação, contemporânea. No direito germânico, o homem é parcela do todo, de modo que, praticando o ato jurídico, pelo todo, é como se o todo o praticasse (E. Lõning, *Die Haftun° des*

.Staates, 27), e não se poderia pôr a questão de ser ou não ser incapaz de obrar. Quem tem órgão pode consentir, pois que o órgão pode, e assim seria sem pertinência o "universi consentire non possunt" (cf. O. von Gierke, *Das deu tsche Genossenschaftsrecht,* 111, 186 s.). O órgão não representa; presenta, pois é órgão. Tal a concepção do Código Civil brasileiro, de fonte germânica. As pessoas jurídicas não são incapazes de obrar, pois que têm órgão; o que o filho sob o pátrio poder, o tutelado e o curatelado não têm: a esses alguém representa ou assiste. A representação da pessoa jurídica seria concepção pseudo-romanística, e a teoria da ficção, pseudo-romanística, uma vez que as entidades, de que falamos, não eram, em direito romano, pessoas. A ligação da personalidade à vontade esbarraria atê a não-personalidade dos animais, a não-personalidade do escravo e a personalidade dos menores, loucos, surdos-mudos, pródigos e silvícolas (cf. E Klingmúller, *Die Haftung fOr Vereinsorgane,* 14, que aliás pensa em incapacidade da pessoa jurídica, como Chr. Meurer, *Die juristischen Personen,* 160).

3. Órgãos . Os órgãos exprimem vontade, ou exprimem conhecimento, ou sentimento; os órgãos que exprimem vontade são os que dirigem, ou resolvem, internamente, ou praticam atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos; os atos-fatos jurídicos podem ser praticados por outros, conforme os estatutos.

Quanto à natureza do órgão, é de afastar-se *(a)* que seja representante, e a teoria que o sustentou invocava o direito romano que nunca disso

cogitou, nem tinha a nossa concepção da representação. *(b)* Órgão é órgão, não é representante voluntário, nem legal: a personalidade do membro do órgão , ou do membro único, não aparece, não se leva em conta, o que não ocorreria se de representação se tratasse; o órgão atua e recebe, como o braço, a mão, a boca, ou os ouvidos humanos; o ato e a receptividade são da pessoa jurídica *(E* Regelsberger, *Pandekten,* 1, 323), porque resulta da sua organização constitucional, do seu ato constitutivo ou dos estatutos, no que órgão se distingue de empregado (E. Rhomberg, *Kõrperschaftliches Verschulden,* 22). O preposto, o empregado e o estranho podem representar a pessoa jurídica, não pode funcionar como órgão, sem no ser. O porteiro é empregado, não é órgão. O caixa-recebedor e o caixa-pagador são empregados; se praticam atos jurídicos stricto sensu e negócios jurídicos, são, *também,* representantes, não órgãos ; para que fossem órgãos , teriam de o dizer os estatutos ou o ato constitutivo. Não há pessoa jurídica sem órgão, inclusive sem órgão para a vida externa.

Exatamente porque o órgão não representa, a pessoa jurídica é capaz de obrar.

O órgão deixa de ser órgão, portanto de poder praticar atos *da pessoa jurídica,* desde que se extinga como órgão; não desde que se lhe tire a prática de algum, ou alguns atos *da pessoa jurídica.* A extinção há de ser por modificação do ato constitutivo ou dos estatutos, isto é, ato constitutivo negativo que naquele, ou nesses, se insira. Falar-se, aí, de revogação é impróprio; não se revoga o ato constitutivo, nem se revogam os estatutos, desconstituise aquele, ou se desconstituem esses, com eficácia *ex nunc;* o ataque é ao ato mesmo, qual existe, em contrarius *actus,* e não em revogação (erro que cometeram alguns juristas, entre eles H. *G.* Stiff, *Der Begrifi des uerfassungsmdssigen Vertreters,* 33). A destituição ou demissão atinge a pessoa que enche o órgão, ou as pessoas que enchem o órgão (= que o compõem), não o órgão mesmo. O órgão surge quando se cria o órgão; a pessoa ou pessoas que o compõem surgem quando se nomeiam, ou elegem. O órgão desaparece quando por modificação do ato constitutivo ou dos estatutos se extingue; a pessoa ou pessoas, que o compunham, deixam de enchê-lo quando são destituídas, ou acaba o tempo para o qual foram insertas no órgão . A diretoria ou órgão que administra não pode ser extinta, porque é requisito para o registro haver órgão diretivo (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 120,11); nem a assembléia dos membros, tratando-se de associação ou de sociedade. Para a extinção de qualquer órgão extinguível, é de mister modificação do ato constitutivo ou dos estatutos (E. Rhomberg, *Kárperschaftliches Verschulden,* 10). Se o ato constitutivo ou os

estatutos estabeleceram que a tal momento ou quando cessasse a necessidade do órgão ele se extinguiria, a juízo de algum órgão, tem-se como existência a termo final. Mas levanta-se a questão de se saber se pode ficar a puro arbítrio da diretoria, ou da assembléia geral em que não se exija a mesma maioria que para a mudança do ato constitutivo ou dos estatutos a deliberação, ou se o ato do órgão é, então, declarativo, ou dependente de apreciação pela assembléia geral por maioria que possa modificar o ato constitutivo ou os estatutos.

4. *Ser pessoa.* Ser pessoa é ser capaz de direitos e deveres. Ser pessoa jurídica é ser capaz de direitos e deveres, separadamente; isto é, distinguidos o seu patrimônio e os patrimônios dos que a compõem, ou dirigem. Se há direito da entidade, antes de ser pessoa jurídica, à personificação, depende do direito positivo, em toda a sua escala (direito das gentes, direito constitucional estatal, direito administrativo, direito privado). No direito brasileiro, a pessoa jurídica é capaz de todos os direitos, salvo, está visto, aqueles que resultam de fatos jurídicos em cujo suporte fático há elemento que ela não pode satisfazer *(e.q.,* ser parente, para suceder legitimamente, ou ter pretensão a alimentos). O direito público por vezes lhe atribui direitos subjetivos, pretensões, ações e exceções, como acontece aos partidos políticos e aos sindicatos.

As pessoas jurídicas podem, em princípio, ser titular de quaisquer direitos patrimoniais, incluída a posse, direitos autorais, direitos relativos à propriedade industrial — cuja proteção, considerados seu interesse e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, se efetiva mediante a concessão de *(a)* patentes de invenção e de modelo de utilidade, *(b)* registro de desenho industrial, (c) registro de marca, e a repressão *(d)* às falsas indicações geográficas e *(e)* à concorrência desleal —, direitos formativos geradores, modificativos e extintivos, direito ao nome. Para haver exceção épreciso que conste da Constituição de 1988. O destino do patrimônio, após a extinção, parece-se com a sucessão testamentária, porém de modo nenhum se identifica com ela. Têm alguns direitos de personalidade, conforme exporemos, inclusive quanto à honra, cabendo-lhes a ação de indenização.

Têm deveres, obrigações, legitimação passiva nas ações e exceções e legitimação processual passiva. As demandas são entre elas e as outras partes. A sentença tem eficácia contra elas e a favor delas, como a respeito de pessoas físicas, salvo no que concerne a prisão e outras

medidas que se limitam às pessoas físicas.

Se exercem empresa comercial, são comerciantes, como as pessoas físicas.

De lege ferenda, ou o legislador adota o *princípio da criação personijicante* (criada a entidade, personifica-se), tal como acontece às associações de fins ideais, no direito civil suíço (art. 60), ou o *princípio da* concessão *estatal,* que faz depender de vontade (e não só de exame) do Estado a personalidade jurídica, ou o *princípio da determinação normativa,* que apenas exige a satisfação de certos pressupostos de direito material, com ou sem exigência de registro ou publicação. Vê-se bem que o terceiro se esgalha em três. O princípio da livre criação personificante, a que levaria a teoria da "réalité technique", não foi adotado pela própria França; o seu resultado seria o pululamento de pessoas jurídicas, com ceda anarquia e pouca segurança para os terceiros. O segundo corresponde ao estatalismo rígido, ao propósito político de completa integração da vida social. O terceiro é o que atende às exigências de liberdade e de economia indívidualistíca. E sistema-síntese.

"As pessoas jurídicas", diz o art. 20, "têm existência distinta da dos seus membros." Não se trata, a rigor, de regra jurídica. Apenas, tautologicamente se enuncia que as pessoas jurídicas têm capacidade de direito, que as pessoas jurídicas são pessoas. Além disso, as pessoas jurídicas, ainda que tratem com os seus membros, se a lei e o ato constitutivo não lhes veda tais negócios jurídicos, ficam como pessoas diante das pessoas dos seus membros. Aquele que lhe compra, ou vende alguma coisa, ainda que assine por ela, como seu representante ou órgão, não faz contrato consigo mesmo. A ligação delas a algum Estado independe da nacionalidade dos seus membros, salvo se lei especial estabelece que elas tenham a ligação ao Estado que dá à maioria deles. Uma das principais Consequências da personalidade das pessoas jurídicas é que, tendo sido estabelecido juízo arbitral para as questões entre a sociedade e os membros, um deles podia ser juiz arbitral (cp. art. 1.043 do Código Civil, antes do advento da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, arts. 14 e 44; cf. O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 50).

5.

Órgãos necessários e *órgãos facultativos.* Os órgãos ou são necessários ou

são facultativos. A diretoria e a assembléia geral, nas sociedades e associações, são órgãos necessários; os mais, facultativos. O órgão facultativo é a pessoa física, ou colégio, grupo de pessoas físicas, que o ato constitutivo ou os estatutos soldaram à pessoa jurídica, tornando-o parte do organismo social. Mediante essa soldagem, o que seria empregado ou representante passa a ser órgão: o que ele faz não é como preposto, locador de serviços, ou, em geral, trabalhador; mas como órgão: os atos dele são da pessoa jurídica, como ôrgão, e não como representante (= em nome da pessoa jurídica); nem como núncio de quem é órgão da pessoa jurídica. Daí não se dever pensar em outorga de poderes de representação ao órgão; nem, sequer, em poderes de representação, por força de lei, como se dá com o titular do pátrio poder, o tutor e o curador (sem razão, E. Billmann, *Haftung der juristischen Personen;* 11). Dai poder o órgão praticar atos-fatos jurídicos e atos ilícitos (A. Korn, Deliktsfãhigkeit der juristischen Personen, *Festgabe fOr* Richard Wilke, 182; G. Krúger, *Die Haftung der juristischen Personen* 39; O. Lenel, Zur Deliktshaftung der juristischen Personen, *Deu tsche Juristen-Zeitung,* Vil, 9 s.; H. G. Stiff, *Der Begriff des uerfassungsmãssigen Vertreters,* 13). Os ôrgãos, necessários ou facultativos, só os criam atos constitutivos e estatutos, só os atos constitutivos e os estatutos dizem como se nomeia ou elege a pessoa ou colégio, só os atos constitutivos e os estatutos dizem quais são os poderes (poderes, dissemos; e não poder de representação). Se a pessoa ou pessoas que compõem o órgão atuam fora dos limites da competência, o ato não é ato de ôrgão; portanto, não é ato *da* pessoa *jurídica.* Se facultativos, os atos constitutivos ou os estatutos não precisam criá-los e provê-los desde logo: basta que os prevejam, e prevejam como se provêem. Se necessários, há de os ter, antes da personificação, a entidade, embora o início das funções seja a partir da personificação. Se a criação pode ser deixada a outro órgão é questão que se resolve, dizendo-se: a criação pode ser sob condição suspensiva ou a termo inicial; não deixada a qualquer órgão. Noutros termos: vale como regra criadora de órgão a que diz "É órgão o diretor dos serviços forenses, mas desde o momento em que o número de advogados haja atingido a dez", ou "a partir de 1958", ou "quando a assembléia ordinária ou a diretoria, por maioria (ou por dois terços), entender de nomear"; não valem as regras: "a diretoria ou a assembléia ordinária pode, por maioria (ou por dois terços), criar órgãos", ou "criar diretor de serviços forenses". E preciso, outrossim, que os atos constitutivos e os estatutos digam quais as funções e quem as provê. O provimento pode ser pela diretoria, ou por outro órgão, ou por terceiro (e.q., o Estado). Basta que se determine quem provê; não se precisa determinar como se provê. Determinando quem provê, tal função é indelegável (H. G. Stiff, *Der Begriji des verfassungsmãssigen*

Vertreters, 20). Os atos constitutivos e os estatutos nao podem estabelecer a própria escolha do titular do poder pela assembléia ordinária denire dois ou mais órgãos: *a, b,* ou *c.* A fonte do provimento há de estar no ato constitutivo ou nos estatutos; se não se dá isso, não há pensar-se em órgão. mas em representante, ou empregado. Quanto à determinação das fun-

ções, também o que recebe funções do órgão, e não do ato constitutivo ou dos estatutos, não é órgão (sem razão, E. Schlegelmilch, *Die Haftung der juristischen Personen,* 51; H. G. Stíff, *Der Begrifi* des *verfassungsmãssigefl Vertreters,* 23). Orgão é se há dois ou mais e se deixou a algum órgão, ou a terceiro, distribuir por eles as funções estatisticamente apontadas; ou se se falou do órgão, sem se lhe fixar a função, mas pelo nome se sabe qual a função que a concepção do tráfico entendeu ter (aí o uso é regra estatutária). Aliás, onde seria contra a concepção do tráfico a função, o ato não é da pessoa jurídica- A regra jurídica, que ai se revela, não é interpretativa, mas dispositiva. Seja como for, não há função de órgão se o ato constitutivo ou os estatutos não a conhecem (K.

Rãhrich, *Die Haftung* des ‚Staates, 9; E. Billmann, *Haftung der juristischen Personen,* 23; sem razão, Bruns-Wústerfeld, *Die Haftung der juristischen Personen des õJfentlichen Rechts,* 64; A. Levy, *Begriff und Rechtsnatur der Korporationsorgane,* .34 s.). Por outro lado, a pessoa jurídica não é responsável pelo ato do órgão que não obedeceu a forma que o ato constitutivo ou os estatutos exigiram (A. Levy, *Begrifi und Rechtsnatur,* 37 5.; H. O.

Stiff, *Der Begriff des vergassungsrnassigen Vertreters,* 26), sem que se possa distinguir entre as violações das regras de forma, como fazia O. Krúger *(Die Haftung der juristischen Personen,* 34). O órgão pode ser subordinado, ou não, no todo, ou em parte, a outro órgão.

Se o provimento ou o ato do órgão infringiu o ato constitutivo ou os estatutos, a aprovação pelo ôrgão competente sana a invalidade, salvo se o ato constitutivo ou os estatutos fazem subsistente a invalidade, o que, na dúvida, não se há de entender. Não se pode afirmar, a *priori,* como O. von Gierke *(Die Genossenschaftstheorie,* 676 e 686), a sanação. Se não houve sanação, o ato não foi ato da pessoa jurídica (O. Krúger, Die *Haftung der juristischen Personen,* 23; F. Klingmfllller, *Die Haftung fOr Vereinsorgane,* 46).

No direito público brasileiro, por força do art. 37, § 6º, da

Constituição de 1988, órgãos necessários são os que a Constituição cria e órgãos facultativos todos os agentes das pessoas jurídicas de direito público e de direito privatístico prestadoras de serviços públicos, criados segundo a Constituição e as leis. Para a Constituição de 1988, esses agentes são órgãos. Tal atitude extrema dos outros sistemas jurídicos o brasileiro, mas há de ser vista como o ponto final de longa evolução do conceito. Há os órgãos centrais, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, o Poder Judiciário; e os demais órgãos, inclusive o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional (Constituição de 1988, arts. 89-91). O art.

37, § 6º, torna eficiente a responsabilização do Estado, que, nos outros sistemas jurídicos, é por vezes ilusória. O

art. 37, § 6º, não há de ser interpretado como se o ato do órgão cujos membros não são funcionários públicos (e.g., Presidente da República, senadores, deputados) não fosse ato de órgão. A responsabilidade existiria, quer houvesse, quer não, o art. 37, § 6º existindo, dele se há de tirar argumento a *fortiori* (cf. Hatschek, *Die rechtliche*

.Stellung des Fiskus, 48; E. Rhomberg, *KôrperschaJtliches Verschulden,* 22). Com a regra juridica sobre todos os funcionários públicos, *terminus technicus,* afastam-se dúvidas sobre determinados empregados, que se levantaram na doutrina de outros países (e.g., se o Estado responde pelo ato do escrivão, ou do inspetor de veículos, ou só dos que têm contacto exterior; cp. *E* Fusshôller, *Der QrganbegrifJ,* 50; Fromberg, *Die Haftung des Fiskus,* 59 e 61; J. Delius, Die Haftpflicht der Beamten, *Deu tsche Juristen-Zeitung,* IX, 25 5.; J. Kohler, *Lebrbuch,* 1, 335; Bruns-Wústerfeld, *Die Haftung der juristischen Personen,* 89 s.).

§ 76. Espécies de pessoas jurídicas

1. *Técnica legislativa dos arts. 16-17.* O Código Civil, posto que não reja as pessoas jurídicas de direito público, porque nascem noutro ramo do direito que o civil e, talvez, em sistema jurídico de outro Estado, ou supra-estatal, teve de aludir a elas, inclusive às pessoas que se criaram e personificaram em sistema jurídico supra-estatal ou estvangeiro. Nota-se-lhe certa vocação à exaustividade. O reconhecimento da capacidade de direito das pessoas jurídicas, de direito público ou privado, oriundas de outro sistema, impõe ao legislador do direito

civil essa referência (art. 13): “As pessoas jurídicas são de direito público, interno, ou externo, e de direito privado.“ No art.

14, miudeou-se “São pessoas jurídicas de direito público interno: 1. A União. II. Cada um dos seus Estados e o Distrito Federal. III. Cada um dos municípios legalmente constituídos.“ Faltam aí os Territórios e as pessoas de direito administrativo. Desde que a capacidade de direito se impôs, supra-estatal e estatalmente, as pessoas jurídicas, criadas em sistemas diferentes, passaram a ser, *pelo menos,* referidas em cada legislação, se bem que os princípios não sejam os mesmos que apanham as pessoas físicas. A qualificação, pessoas de direito público ou pessoas de direito privado, é dada pelo sistema que as personifica, e não pelo que as importa. De ordinário, porém não sempre, o que as faz de direito público é estarem elas adstritas ao seu objeto, como *dever diante do Estado* (H. Rosin, *Das Recht der dffentlichen Genossenschaft,* 18). Isso não exclui a publicização da personalidade segundo outro critério que tenha o direito, em que se cria e personifica a entidade, ou só se personifica, ou que a importe. O *fim,* de regra, não basta: há sociedades e fundações de intuitos políticos, sociais, religiosos, ou morais, e de interesse geral, que são pessoas de direito privado. Nem a *liberdade de* associação caracteriza as de direito privado e a associação compulsória as de direito público. Nem, ainda, a *origem* delas, porque a publicização pode ser posterior à criação e, até, à personificaçáo. O que se pode extrair da observação dos sistemas jurídicos é apenas o seguinte: as pessoas jurídicas, que o direito público cria, por lei, ou por ato administrativo legal, são de direito público, se o próprio sistema jurídico não as privatiza desde logo, ou mais tarde; as pessoas jurídicas, que, oriundas de direito privado, são, por lei ou ato administrativo legal, tornadas de direito público, são de direito público, enquanto não se lhes tira esse caráter. Tudo se reduz a cedo arbítrio do legislador, dentro dos princípios constitucionais. Todavia, a “publicização” pode ofender o art. 59, *caput,* da Constituição de 1988 (igualdade perante a lei), o art. 59, XVII e XIX, ou outra regra jurídica constitucional. Por onde se vê que o problema *de fure condendo* (~quais as pessoas que *devem* ser de direito público, ou publicizadas?) é independente do problema da competência para criar pessoas jurídicas de direito público, ou torná-las tais.

O Estado faz de direito público a pessoa jurídica; porém não é de seu arbítrio fazer ser pessoa de direito público qualquer entidade. O fim da pessoa jurídica, sociedade, associação, ou fundação, é que há de ser público, para que possa ser de direito público a pessoa; sem que se tenha de fazer de direito público toda pessoa jurídica que tenha fim

público, ou de interesse público. R. von Jhering *(Der Zweck irn Recht,* 1, 3º ed., 299 s.) identificava público e de todos, aberto ao povo; mas em verdade estar aberto a todos não é, sempre. ser público.

2.

Pessoas jurídicas *de direito privado.* Enumerando as pessoas jurídicas de direito privado, disse o art. 16 do Código Civil: "São pessoas jurídicas de direito privado. 1. As sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações. II. As sociedades mercantis. III. Os partidos políticos." A distinção atende ao suporte fático do ato jurídico constitutivo: nas sociedades, —

pluralidade de pessoas, estavelmente unídas, com existência independente da existência dos membros, regras estatutárias, atendimento do principio de maioria e direção, nome, administração pelos membros ou alguns deles; nas fundações, a par da ausência de união de pessoas, —existência de destinatários em vez de membros, heteronomia na organização e administração segundo o fundador dispôs.

No direito comum, tinha-se a *herança jacente* como pessoa. Hoje, como desde o Alvará de 9 de novembro de 1754 (Assento de 16 de fevereiro de 1786), a herança é adquirida pelos herdeiros, no instante da morte do decujo.

Rigorosamente, não há mais herança jacente; o termo, no Código Civil, arts. 1.591-1.594, já se refere a outra coisa que aquela a que se referia *hereditas iacens.* Porém não há qualquer margem para se pensar em "pessoa 3. *Intuito econômico e* intuito *nõo-econômico.* A distinção entre a sociedade ou associação de intuitos econômicos e a sociedade ou associação de intuitos não-econômicos pode ter interesse prático. Um deles é o referente à extinção mesma das sociedades e associações: enquanto o remanescente do patrimônio social, tratando-se de sociedade ou associação de fins econômicos, se comparte entre os sócios ou associados, ou seus herdeiros (art. 23), o patrimônio da sociedade ou associação de intuitos não-econômicos, salvo regra diferente dos estatutos, é devolvido a estabelecimento municipal, estadual, territorial, distrital, ou federal, de fins idênticos, ou semelhantes (art. 22).

Não são pessoas jurídicas de fins econômicos as que apenas se destinam a expor telas, esculturas, trabalhos de cerâmica, livros,

mercadorias, máquinas, se o seu fim não é o lucro. Outrossim, as que têm por fim a distribuição de livros de filosofia política, ou de bíblias, ou de obras religiosas, se não prevalece a indústria de edição, ou o comércio de livros; e as que têm fundo para auxiliar as exposições dos pintores e escultores novos, ou desconhecidos. A mudança de fim é alteração do ato constitutivo e deve ser registrada (art. 18, parágrafo único).

§ 77. A União e outras entidades estatais

1. *Plano do direito das gentes.* Ao Estado, visto do plano supra-estatal, corresponde competência territorial e extraterritorial, segundo os princípios de distribuição das competências, *em toda a Terra.* Visto por dentro, — o Estado esgalha-se em funções e serviços legislativos, judiciários e executivos, negócios executivos ditos interiores, de justiça, de fazenda, de marinha, de exército e de aeronáutica, de agricultura etc. Cada ramo, ou sub-ramo, tem a seu dispor serviços pessoais e meios materiais e jurídicos, para desempenhar o seu papel, no quadro estatal. Esse setor da atividade administrativa, judiciária e legislativa pode ser autárquico, ou não; mas autarquia é algo que se dosa. Por outro lado, nem sempre a autarquia corresponde personalidade própria. A personalidade própria, de direito privado, não se choca com a noção de Estado, mas a entidade com personalidade de direito privado não pode ser parte integrante da União, ou do Estado Federado, ou do Município, ainda que o patrimônio da entidade *pertença* ao Estado, que apenas o confie à pessoa jurídica. O assunto esteve em foco, porém não foi discutido a fundo, quando se questionou sobre a aplicação do art. 39 do Decreto nº 22.785, de 31 de março de 1933, à Estrada de Ferro Central do Brasil. A solução ceda é a que considera *ratio legis* para o beneficio o estarem ligadas a sorte do capital (patrimônio) e a dos juros; se o capital pertence à União, aos Estados Federados, ou ao Município, — os benefícios da União, dos Estados Federados ou do Município podem ser invocados pela autarquia, ainda personificada, que apenas o administra. Esse é o fundamento para a solução que se deu (2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, 7 de maio de 1948, *RDA* 16/68-71; contra: Supremo Tribunal Federal, 18 de junho de 1946 e 9 de junho de 1947, RT115/116; 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, 9 de agosto de 1948, *RDA* 16/71-74, que repeliu a interpretação por

analogia, mas, em verdade, não havia questão de se interpretar por analogia, e sim de ratio legis do Decreto-Lei nº 3.306, art.3ª).

Há graduações entre a) o serviço parte integrante *(stationes fisci,* repartições, seções, sub-seções), *b)* as autarquias não-personificadas e *c)* as autarquias personificadas.

2.

Plano do direito estatal. No plano do direito interno, temos entidades estatais internas. No direito brasileiro, a União, os Estados Federados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios.

As entidades políticas, que têm capacidade de direito civil, são, além da União, as pessoas jurídicas constitucionais estrangeiras, os Estados e Territórios do Brasil e os Municípios do Brasil. Até onde vai a capacidade de direito civil das entidades estrangeiras, personificadas, dizem os princípios de direito das gentes, as regras jurídicas do Estado, de que elas fazem parte, e o direito constitucional, ou interno não-constitucional, do Brasil.

Personalidades de direito constitucional do Brasil são apenas os Estados Federados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios. Os partidos políticos, ainda quando a legislação lhes dê personalidade de direito público, não são pessoas juridicas de direito político constitucional, — são pessoas de direito público não-constitucional: os partidos políticos exercem direitos políticos, não tem *poder público.* Sob o direito atual, são pessoas jurídicas de direito privado. Adquirem personalidade segundo o que o Código Civil estatui nos arts. 18-19, com registro dos estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. E livre sua criação, fusão, incorporação e extinção, desde que resguardados (a) a soberania nacional, (b) o regime democrático, (c) o pluripartidarismo, (d) os direitos fundamentais da pessoa humana, e observados os pressupostos pertinentes a (e) seu caráter nacional, (f) proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes, (g) prestação de contas á Justiça Eleitoral e (h) funcionamento parlamentar segundo as diretrizes da lei específica. Têm assegurada autonomia para definição de sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer regras de fidelidade e disciplina partidárias.

§ 78. Pessoas de direito público simples

1.

Espécies. As pessoas de direito público simples são as autarquias personificadas e as pessoas de direito público, sem ligação ao Estado, que as fizesse pessoas subordinadas. Funda-as a lei ou o ato administrativo, de acordo com as leis, como sujeitos de função pública; ou lei, ou ato administrativo posterior, reconhecendo-lhes função pública, as faz pessoas de direito público. Quer no tocante ao seu nascimento, quer no tocante à sua personificação, rege-as o direito público, e não o Código Civil. Esse apenas pode ser regra-conteúdo de alguma regra de direito público referente a elas. Se a lei ou o ato administrativo apenas se referiu ao registro civil, para a aquisição da personalidade, sem fazer civil a essa personalidade, a pessoa é de direito público; *obter,* se a fez pessoa de direito privado (personalidade civil). Teremos ensejo de examinar a espécie, em que, a despeito de se apontar, na lei ou no ato administrativo, como de direito civil a pessoa, há parcela de poder público nas suas funções. Ai, o conceito formal choca-se com os elementos materiais. Surge, então, o problema de se saber até que ponto se pode manter, a despeito da parcela de poder público, a *privatidade* da pessoa.

(a) A autarquia não pode ser totalmente livre de subordinação: seria o *nada* de ligação, e relação entre a entidade e o Estado; e não haveria razão para o conceito. Falar-se de autarquia é aludir-se à relação entre o Estado — a que poderia pertencer, sem qualquer elemento diferenciador para a administração, ou como função de repartição, ou como atividade de órgão estatal, o serviço — e a entidade. Por exemplo, a Estrada de Ferro Central do Brasil é autarquia. Foi *repartição* do Ministêrio da Viação e Obras Públicas, com jurisdição e fiscalização sob a incidência das regras juridicas do Decreto-Lei nº 3.306, de 24 de maio de 1941, art. 1º, 21-23.

(b) As outras pessoas juridicas de direito público simples são as que, permitindo-o a Constituição de 1988 e as leis, se criam e se personificam no direito público; ou, após a criação, ou após a criação e personificação no direito privado, se publicizam.

Tanto elas quanto as pessoas juridicas de direito constitucional, têm

capacidade delitual (art. 159), se os danos são causados por seus órgãos, no exercício das funções que lhes incumbem, tal como se daria com as pessoas jurídicas de direito privado. „Tanto umas quanto outras respondem por culpa *in eligendo e in uigilan do,* em se tratando de prepostos, empregados e demais serviçais. A Constituição de 1988, no art. 37, § 6º, diz: "As pessoas juridicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa." Aí, o poder público é o que mais importa; não se trata de atuação de direito privado, isto é, de atuação que poderia *ter* qualquer pessoa de direito privado. Por exemplo: se se trata de ato de prisão ou detenção, ou de vigilância, ou de manobras militares, navios de guerra, salvo abordagem regulada pelo Código Comercial, atuação do Embaixador, Ministro diplomático, Cônsul ou Secretários, prático obrigatório do porto ou do rio, ou de entrada ou saída em baias, saque por soldados em serviço ativo, execução de pena, danos causados por professores de escolas não-personificadas ou de simples autarquias personificadas. O art. 37, § *6º,* da Constituição de 1988 não incide, se o dano é causado pela pessoa jurídica de direito público nos casos em que o art. 159

incide (= particulares poderiam praticar o mesmo ato ilicito).

As faculdades, universidades, ginásios, associações escolares e outros institutos públicos, se são personificados, entram, de regra, na classe das autarquias personificadas, ou na classe das pessoas juridicas do direito público não ligadas; se não no são, de regra são autarquias, mas casos há em que são apenas repartições.

2. *Pessoas de direito público.* As pessoas jurídicas de direito privado que têm fins econômicos ou sociais somente gerais, ou de interesse de *profissões,* podem tornar-se de direito público; mas depende da legislação positiva: são as leis o que se tem de consultar, se se quer saber se pertencem a um, ou a outro ramo do direito.

O que publiciza a pessoa é a parcela, infima que seja, de poder público, ou, pelo menos, função pública, que lhe cabe. Poder público não é só o mandamento. Há atos juridicos unilaterais de direito público que não são mandamentais. Seria dilatar se demasiado o conceito de mandamento dizer-se que são mandamentais a feitura da lei, a decretação de impostos e das demais contribuições. Tampouco, são só mandamentais as funções públicas.

3. *Poder do Estado* quanto â *discriminação.* Passemos agora ao problema de se saber se o Estado pode, a seu talarite, considerar de direito público as pessoas de direito privado, ou vice-versa. As vezes, ele diz, formalmente, que a pessoa A é de direito público; outras, que é de direito privado. Mas há limite; não só dc direito constitucional, também *de jure condendo.* Se ele retira à pessoa jurídica, que nascera no direito público, esse caráter, retirou-lhe todo poder público a ela e a si mesmo, em relação a ela. O ato pelo qual o Presidente da República nomeia o presidente, ou o diretor de sociedade de direito privado, ainda que previsto por Lei especial, é ato de direito privado. O ato do Presidente da República está esvaziado de poder público; é ato de direito privado, que coincide ser praticado pelo Presidente da República. Se, em vez disso, o Estado trata, como individuo, com individuos, os seus interesses, através de algum *corpus,* a que atribui personalidade de direito público, o seu ato só é de admitir-se se conserva parcela de poder público *a* esse *corpus,* ou se o *corpus* mesmo atua como pessoa de direito privado. O Estado o cria foro *do* Estado, ou ligado a ele; o que não se pode admitir é que a entidade se apresente, no mesmo ato, *Como Estado e* como *particular.*

Se o Estado considera de direito privado a pessoa jurídica e lhe confere poder público, cai em contradição e delega esse poder a particular; a lei ou o ato é *nulo,* dando ensejo à decretação segundo o art. 97 da Constituição de 1988. Se o Estado considera de direito público pessoa jurídica que não tem parcela de poder público e nenhum interesse do Estado está em causa, a pessoa é de direito privado, e a lei ou o ato tem de ser examinado pela justiça, para ser-lhe decretada a nulidade (Constituição de 1988, art. 97).

§ 79. Autarquias

1. *Conceito.* As *autarquias* podem ser personificadas ou não. Antes, porém, de se falar das duas classes é preciso saber-se o que é autarquia.

A autarquia exige que dois elementos se juntem: 1) a paraestatalidade, *pelo menos* (vale dizer: a *fortio ri,* o ser fraçào do Estado, que se despregou e se personalizou, por alguma conveniência fundamental da administração pública); 2) a autonomia. Portanto, há a autarquia de

substância estatal *(e.q.,* as Universidades oficiais autônomas) e *a* autarquia de substância paraestatal. Teremos ensejo de ver que o critério de ser pessoa de direito público não basta; posto que baste para excluir a figura da "entidade autárquica" o ser de direito privado a pessoa.

A Constituição de 1988, art. 37, XIX, cogitou, explicitamente, das autarquias. Em vez de serem embutidas, de todo, na administração, as instituições de direito administrativo podem ser autárquicas, isto é, só em parte subordinadas, mas, no tocante às funções e administração, governadas por si mesmas e, no que se refere às suas relações externas, personificadas. As vezes, porém não sempre, só se trata de *personificação de órgâo,* paradoxo que se reduz pela exigência do elemento de autonomia, suficiente para explicar que o órgão, quase deixando de se poder considerar como tal, se personifique (autarquia com substância estatal). Seja como for, o que importa é, pelo menos, a *por estatalidade, ao* lado da *autonomia. Se* estatais, distinguem-se das unidades políticas, que são, apenas, a União, os Estados Federados, o Distrito Federal, os Territórios, e — por todo o pais — finalmente, os Municípios; nisso, distinguem-se de qualquer Poder, encarado como órgão de uma daquelas entidades politicas, ou de qualquer repartição , ou pedaço da administração pública. A repartição pode aproximar-se da autonomia, porém a sua dependência é inelidível , sem que se transforme em autarquia. A procedência dos recursos, com que a autarquia provê às suas despesas, de modo nenhum intervêm no seu conceito: em relação ao Estado, podem ser apenas constituídos por uma, duas ou mais consignações no orçamento de alguma, ou de algumas unidades políticas, até o caso de lei permanente que cria tributo, e ela mesma, ou outra lei, o destina à autarquia. A paraestatalidade, pelo menos, é elemento essencial, razão por que, se a fonte dos recursos não é estatal, de autarquia não se pode tratar: autarquia é, *pelo menos,* paraestatalidade + autonomia. Aquele elemento a liga, de cedo modo, ao Estado; esse afasta-a. Afasta-a sem deixar de ligá-la. A repartição ê ligada, como *porte integrante;* por mais que se afaste, não se autonomiza. Se o Estado destina parte do seu orçamento, verba especial ou percentagem, para orçamento de alguma entidade que não seja repartição, ou se cria tributo (imposto ou taxa) que seja receita de alguma entidade que não seja repartição, autarquia há. A paraestatalização da tributação pode ser máximo ou radical (tributação pela autarquia, inclusão no orçamento da autarquia e arrecadação pela autarquia, como acontecia com as religiões, sob a Constituição de Vaimar, art. 137, alínea 6ª, *média* (não-tributação pela autarquia, inclusão no orçamento da autarquia, arrecadação pela autarquia) e *mínima* (não-tributação; não-inclusão no orçamento,

portanto tributação peio Estado e simples consignação de verba no orçamento estatal; não-arrecadação). A técnica contemporânea do direito administrativo conhece as três soluções.

Sob a Constituição de 1946, como sob as anteriores, somente a paraestatalização média e a paraestatalização mínima tinham a arrecadação; ou o Estado tributava e destinava o imposto ou taxa à autarquia, e pois o excluia do seu orçamento, concedendo-lhe a arrecadação, ou o Estado tributava e destinava o imposto ou taxa à autarquia, mas em seu orçamento, sob a forma de consignação ou subvenção *liqante.* Nesse caso, o art. 141, § 34, da Constituição de 1946 tornava delicada a questão da pretensão da autarquia á verba de consignação ou de subvenção *ligante,* se a unidade politica não a inseria no orçamento, como fez desde o principio, ou se não o inseria, *ab* initio, a despeito da lei de tributação. Ora, se o Estado criou o tributo, ou, já criado o tributo, o destinou à autarquia, de modo tal que seria bis in idem pó-lo nos dois orçamentos, e era o caso da arrecadação pela autarquia, o art. 141, § 34, da Constituição de 1946 não se aplicava, *salvo,* por analogia, na hipótese de não ter a própria autarquia incluído o tributo no seu orçamento. Então, não estaria ele nem no orçamento do Estado, nem no orçamento da autarquia. Se o tributo era arrecadado pela autarquia, tinha de ser incluído no seu orçamento; porque, sendo ela entidade pelo menos paraestatal e autônoma, por definição, tinha de ser-lhe aplicado, por analogia, o art. 141, § 34, daquela Constituição. Nem se compreenderia que tivesse de o ser no orçamento do Estado, que não arrecada e, pois, teria de lançar como receita o que não recebe e na despesa o que não despende. Mantemos na Constituição o princípio da unidade e o principio da universalidade (ou exaustividade) do orçamento; porém o reconhecimento constitucional das autarquias permite que se pense na orçamentação, à parte, da receita e da despesa das autarquias, sem se quebrar o princípio da unidade, e em nãoinserção dos tributos destinados, por parte do orçamento estatal, sem se ofender o princípio da universalidade (ou exaustividade).

2. *Paraestatalidade* e autonomia. Os elementos essenciais da autarquia são a sua paraestatalidade, *pelo* menos, e a sua autonomia. O paraestatal não-autônomo não é autarquia. O autônomo não-paraestatal e não-estatal, isto é, extra-estatal não é autarquia. Ser autárquico é ser, *pelo* menos, paraestatal e autônomo. A entidade autônoma não seria autarquia, e sim personalidade de direito privado, se não fosse estatal ou paraestatal; diante de entidade autônoma, o método decisivo para se saber se se está em presença de pessoa de

direito privado, ou de autarquia, é o de se indagar se lhe cabe algum poder de *imperium,* isto é, de função pública. Pode bem ser que a corporação que se pretende autarquia, porque a lei lhe deu cedos direitos, como o de exclusividade e de adesão forçada *(e.q.,* seguros obrigatórios feitos por funcionários públicos em comnanhias de direito privado; serviços de pesquisas, educacionais e sanitários a cargo de sociedades de direito privado a que o Estado ajude com o prestígio e a fiscalização de alguns membros dos órgãos diretores), não seja "autarquia", e sim "corporação qualificada" (W.

Kahl, Lehrsystem *des Kirchenrechts* und *der Kirchenpolitik,* 1, 340). A relação do Estado com a pessoa tem de ser assaz íntima para que essa seja autarquia, isto é, tem essa de exercer função de autoridade sem subordinação à máquina comum do Estado, para que deixe de ser de direito privado e seja paraestatal. O Município é autônomo, e estatal; a sociedade de direito privado, autônoma e não-estatal, extra-estatal; a autarquia, autônoma e estatal ou paraestatal. O Município é estatal; a sociedade não no é; a autarquia é como o Estado, parece-se com o Estado, o Estado é o seu paradigma, ela está ao longo do Estado (conforme o étimo do prefixo "para"), e não longe dele.

Nos Estados em que se reconhece às Igrejas a personalidade de direito público, sem se adotar religião de Estado, as Igrejas são pessoas de direito público, e não são autarquias; nos Estados em que as Igrejas têm personalidade de direito público e há religião de Estado, a Igreja dessa religião é autarquia.

A personalidade de direito privado exclui tratar-se de autarquia. Basta que a personalidade nasça no direito privado e não se introduza no direito público (dois requisitos inconfundiveis criação e *importaçâo,* conforme se vê em nosso estudo La Création et la personnalité des personnes juridiques en droit international privé, *Mélan˚es* Streit, 1, 620 sj, para que não se possa pensar em entidade autárquica. Porém o ser de direito público e o ser autô-

nomo não basta para que a pessoa jurídica seja entidade autárquica. O conceito de paraestatalidade é menor do que o de personalidade de direito público, porque a União, os Estados Federados e os Municípios são pessoas de direito público e estatais (podanto, não paraestatais) e há pessoas (importadas) de direito público que não são estatais nem paraestatais, e tal é o caso da importação de personalidade pelo direito público, como se há relação coletiva de direito público *(ôfjentlich-rechtliches Gesamtverhàltnisse,* segundo O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht,* 1, 107). Quando a regra de direito público impõe a

cedas pessoas, em determinado círculo, como os habitantes do lado sul da lagoa A, ou os moradores da rua B, obrigação de fazer (serviço), em comum, cria entre elas relação de direito público, como a de contribuir (imposto ou taxa em dinheiro); o elemento adimplemento em comum também o é, de modo que as relações entre os obrigados são de direito público (W.

Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag,* 134 s.). Não há personificação.

Há, porém, graus na intervenção do Estado: a) pode ser para tributar em dinheiro, ou pessoal (serviços), ou taxar, *para* o *Estado;*)4 pode ser para revestir de caráter público relações de direito privado; c) pode ser apenas para regular as relações de direito privado como tais. Em c) cabem as autorizações para se constituir ou funcionar sociedade de direito privado, bem como as autorizações e aprovações dos estatutos de sociedades.

3. *Formas de criação* . Na criação das autarquias, há duas formas: a) a da organização inicial paraestatal, era que a autarquia o incide com a fundação da entidade; *b)* a da organização com a substância do Estado, — o estatal, autonomizando-se, paraestatalizase. Geneticamente, a autarquia tem elemento *pelo menos* paraestatal; estaticamente, toda autarquia é paraestatal.

Se é cedo que os elementos criadores da autarquia são a paraestatalidade, *pelo menos,* e a autonomia, também é cedo que, ao se examinarem alguns casos, é preciso recorrer-se a indícios daquela paraestatalidade e daquela autonomia. Os mais prestantes são a personalidade de direito público (que indicia sem ser elemento suficiente) e a destinação dos bens em caso de dissolução da entidade que se pretende autárquica.

A personalidade de direito privado exclui fratar-se de autarquia. A personalidade de direito público, nascida nesse, não basta a, junto à autonomia, determinar a autarquia. Quando o Estado, com a sua substância, ou sem ela, personaliza, a personalidade, que surge, pode ser de direito público ou de direito privado: cedas feições que apresentaram comissões de venda e aquisição, nos regimes de intervenção econômica, permitiram ver-se que não era absurda a criação de pessoas de direito privado; porém, surgindo alguma pessoa,

com a substância do Estado, com o *imperium,* a personalidade é necessariamente de direito público. Se a comissão de venda e aquisição também requisita, ou fixa preços, ou restringe a produção, ou, ainda, dirige quanto ao que se pode distribuir em cada momento, ou trato de tempo, a personalidade é de direito público. Hoje, porém, a expressão "personalidade de direito público" não serviria a caracterizar, com a autonomia, a entidade autárquica, pois o direito público não só "impoda‟ imediatamente a personalidade física, mas, precisamente, concria a personalidade dos homens, que exercem hoje direitos públicos subjetivos consideráveis, alguns constitucionais. Se, com a sua substância , o Estado autonomiza algum serviço, ou patrimônio, a substância estatal retém a natureza publicistica do serviço, ou patrimônio. Se, em vez disso, faz serviço seu, ou patrimônio seu, conservando-lhe autonomia, alguma associação, ou fundação, estataliza-lhe a substância, e a natureza publicística do serviço, ou patrimônio, ressalta.

Pode, contudo, atenuar a estatalização. Surge a figura da autarquia paraestatal, como se o Estado concede *perceber* tributo (imposto, ou taxa), ou outra contribuição, para serviço que *deveria* ser, *a priori,* do Estado, porém que o Estado, atendendo a circunstâncias *a* posteriori, ainda ou já separou de si, satisfazendo-se com a participação na direção, ou com a fiscalização, dois elementos que de modo nenhum se podem considerar necessários às autarquias. Assim, nem são só autarquias as autonomias com substância estatal, nem são autarquias as entidades que não procedem como o Estado. É preciso, em cada caso, procurar-se a substância estatal, ou, pelo menos, paraestatal, que, junto ao elemento autonomia, compõe a entidade autárquica. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatistica, por exemplo, é autarquia: nasceu paraestatal, autárquico, de âmbito nacional, como, pela natureza de sua finalidade, tinha de ser. Os serviços estatais autônomos, se essa autonomia não é suficiente à discriminação de recursos, não são autarquia: autonomia é elemento de autarquia, ali a alusão **é** a nonlos, regra, aqui, a *arkos,* chefia, força. O órgão que faz o seu regimento, auto-regra-se; não é, porém, autárquico. As corporações qualificadas, que são aquelas que receberam do direito público a exclusividade, ou a adesão forçada, não são autarquias. Nem a *exclusividade,* nem a adesão *forçada,* perfaz, de si só (com mais forte razão cada uma de per si), a paraestatalidade. A companhia concessionária não é autarquia; nem no é o sindicato operário, ou o sindicato de industriais, ou de comerciantes.

Direito *privado e* direito *público.* A importância que se tem dado à distinção entre personalidade de direito público e personalidade de direito privado para a solução de questões como a da determinação da natureza da entidade autônoma (se autárquica, ou não) revela, nos juristas, atraso de mais de século no tocante à ciência do direito. Primeiro, porque a personalidade humana nasce, simultaneamente, no *direito privado* e no direito *público* (concriação da personalidade). Ainda mais: no direito público interno e no direito das gentes, além de em outros sistemas jurídicos, que lhes dêem a possibilidade de serem sujeitos de direito, em relações jurídicas só regidas por alguma regra jurídica pertencente a eles. Segundo, porque o direito público, inclusive o constitucional, conferiu a pessoas jurídicas, ao *nascerem,* alguns direitos subjetivos públicos, como o de proteção da propriedade contra as leis. A distinção entre personalidade de direito público e personalidade de direito privado, uma vez que a regra é a concriação, perde quase todo o seu valor de critério, para qualquer diferenciação das entidades. Não passa de alusão ao ato de que proveio a criação: ato do Estado; ou ato dos particulares, com ou sem ato integrativo estatal.

a) As teorias que pretenderam resolver (e.g., H. Dernburg, *Das Btirgerliche* Recht, 1, Q ed., 182) o problema da distinção pelo discernimento da classe de *interesse* (público ou privado) esbarrou diante de pessoas de direito privado que têm fins poííticos, religiosos, ou éticos. O órgão do Estado, que se personifica, para praticar atos de comércio, destaca-se do Estado e pode continuar com substância estatal suficiente para ser autarquia.

14 As teorias que viram na pessoa de direito público o dever perante o Estado de cumprir o que se lhe comeTeil *(e.g.,* H. Ro4n, *Das Recht der ôffentlichen GenossenschaJt,* 18) foram desmentidas pelo pululamento, diga-se assim, de sociedades e fundações que receberam do Estado, direta ou indiretamente, incumbência de realização dos seus fins, tal como ocorre com as Universidades e Faculdades Livres, ou sociedades que expedem diplomas que conferem certos privilégios não violadores do art. **5º,** *caput,* da Constituição de 1988.

e) As teorias que procuraram a discriminação das pessoas de direito público e de direito privado na liberdade de associação (Constituição de 1988, art. **5º,** XVII), de modo que somente as pessoas de direito público (P.

Eltzbacher, Die *Handlungsfàhigkeit,* 90) poderiam ser criadas sem

aquela associação livre e, portanto, somente elas poderiam ser dissolvidas a arbítrio do Estado, tiveram de estacar ante a existência de formações livres que se publicizaram e de formações forçadas que se privatizaram ou já nasceram de direito privado. É possível que fundação, decorrente de negócio jurídico de direito privado (entre vivos ou a causa de morte), se publicize, em virtude de regra juridica anterior ou posterior, ou de ato público anterior ou posterior *d)* As pessoas jurídicas de direito público são aquelas que se submetem a regras de criação (e às vezes funcionamento) que derrogam o direito privado, — no sentido de não ser atendida, na formação e na extinção delas, a esfera de autonomia da vontade que as leis de direito comum (privado e público) traçaram, ou noutro sentido. O que importa é a *lex specialis.* Daí ser mais alusão à criação do que à capacidade de direito, — algo de punctual, em vez de em simples extensão no tempo

E preciso ainda observar-se que a atribuição de parcela do patrimônio do Estado, para determinado fim, a alguma comissão, ainda de pessoas estranhas à administração, nem basta para a tornar pessoa, nem pessoa de direito público, nem a paraestataliza, ou a estataliza. Se a comissão é de funcionários, a estatalidade continua, com ou sem autonomia; se a comissão se paraestataliza, o que é raríssimo, a autarquia surge. Nas duas espécies, a presta-

ção de contas é segundo a Constituição de 1988, art. 71, II, 1ª parte, *verbis* "contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta". As comissões de cantina militar, ou de limpeza de meios de transportes, são entidades de direito público, razão por que, se não se personificam, responde o Estado.

Quanto à sorte do patrimônio e à extinção da entidade, é preciso ter-se em vista que, se o patrimônio pertence ao Estado, pode haver autarquia, ou não, inclusive pode haver, ou não, personificação, ou ser de direito público, ou privado a entidade. O valor do elemento patrimônio estatal é apenas indiciário.

e) A paraestatalização ocorre sempre que há atribuição de *imperiurn* à entidade; não basta a adesão forçada, nem a exclusividade: a regra jurídica que dá exclusividade não delega *imperium,* nem, tampouco, a que estabelece a favor de alguém adesão forçada. Para que haja a paraestatalização é preciso que a entidade tenha conduta como a do Estado, ou por tributar, ou impor contribuição, e perceber imposto,

taxa, ou contribuição, como sua, à semelhança do Estado, diretamente, ou por intermédio dele, mas com destinação da verba, ou somente por perceber, sem ser a titulo de ajuda precária, bem do Estado, consignação ou subvenção orçamentária ligante, para atos de direito público, ou que *a priori* deveriam pertencer ao direito público (justificativa política da ligação do bem do Estado, ou do tributo ou contribuição, ao fim, estatal, ou paraestatal). A paraestatalidade é criada pela insuficiência do Estado para corresponder, por si e com o seu aparelhamento ordinário, ao princípio de integração social (cf. nossos *Fundamentos atuais do Direito Constitucional,* 221-242).

Tem-se procurado ligar a noção de autarquia à personificação, porém a paraestatalizaçâo ou a estatalidade continuada pode coexistir com a autonomia, sem ter ocorrido personificação, e nem por isso a entidade autárquica escapa ao art. 71, II, da Constituição de 1988. O estatal autárquico não-personificado presta contas segundo o art. 71, II.

J) A autonomia, só por si, não faz a entidade autárquica; porque há o estatal autônomo, e não-autárquico *(e.g.,* a comissão de regulamentação, o corpo que por lei faz o seu regimento interno, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, no que fazem de regimentos internos, nomeações e aplicam verbas, razão por que as suas contas são da classe do art. 71, II, da Constituição de 1988) e há o autônomo extra-estatal: os sindicatos operários e industriais não prestam contas ao Tribunal de Contas.

g) A Constituição de 1988, no art. 71,11, diz que ao Tribunal de Contas compete julgar as contas "dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluidas as fundações e sociedades instituidas e mantidas pelo Poder Público". Havia para os juristas e juizes, desde 18 de setembro de 1946, o problema de *técnica de interpretação constitucional:* ~Que é entidade autárquica (Constituição de 1946, art. 77, II, 2ª parte)? A Lei nº 830, de 23 de setembro de 1949, tentou defini-Ias, considerando entidades autárquicas: *"a)* o serviço estatal descentralizado, com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio, independente do orçamento geral; *b)* as demais pessoas jurídicas, especialmente instituidas, por lei, para execução de serviço de interesse público, ou social, custeadas por tributos de qualquer natureza ou por outros recursos oriundos do Tesouro". Já de começo se restringiu demasiado o conceito de autarquia, pois que a Constituição de 1946 não cogitava de pessoas, e sim de entidades

autárquicas: por trás dos "responsáveis por dinheiros e outros bens públicos" não estavam pessoas jurídicas (art. 77, II, 1ª

parte), podiam estar Poderes, ou Ministérios, ou repartições, *que não* são pessoas jurídicas, e por trás de

"administradores das entidades autárquicas" (art. 77, II, 2ª parte) podiam estar entidades autárquicas nãopersonificadas, *partes ipsius reipublicae, partes totius patrimon ii.* As entidades autárquicas de substância estatal prestam contas, tenham sido, ou não, personificadas, e as entidades autárquicas de substância paraestatal, se *ainda* não personificadas, *já* prestam contas. A regra jurídica, de modo nenhum adotou a definição de alguns escritores italianos e argentinos que liga à noção de autarquia a de personalidade. A personalidade vem acentuar a autarquia, *exteriormente;* a autarquia existe independente dela, porque e relação de *arkos,* comando, entre ela e o Estado. As leis ordinárias devem abster-se de definir o que a Constituição não deixou para ser definido por elas. O conceito de "entidade autárquica" éo que está na Constituição, e não o que se formule em lei ordinária.

Definido o que a Constituição não deixou para ser definido pela legislatura, ou *a)* a lei se precipita em exaurir o conceito que tanto se dirigiu ao Poder Legislativo como aos outros Poderes e *ao povo,* e acerta, com a mesma probabilidade de errar que os outros Poderes teriam e o povo mesmo, porque não há qualquer suposição na Constituição de que o Poder Legislativo seja melhor intérprete da Constituição, ou *b)* erra, e o seu erro leva à infração da Constituição, apreciável pelo Poder Judiciário e pelo Senado.

A paraestatalidade concerne a ligação à União, ao Estado Federado, ou ao Município, e a prestação de contas só tem de ser ao Tribunal de Contas federal, quando se trate de entidades autárquicas de âmbito federal.

No Decreto-Lei ne 6.016, de 22 de novembro de 1943, sobre imunidade tributária, o art. 2ª somente considerou autarquia, "para efeito" dele *(verbis* "deste Decreto-Lei") "o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou explicitamente reconhecida pela lei"; de modo que essa definição não poderia servir à letra do art. 77, II, 2ª parte, da Constituição de 1946: ficariam de fora as autarquias não-personificadas e as de substância paraestatal.

5. *Corpos de administração.* Os corpos de administração autônomos, ou são de direito privado, ou de direito público; melhor diremos: ou *particulares,* ou *estatais,* ou *paraestatais.* A tricotomia é exaustiva. Ou o Estado, através deles (paraestatais), ou neles (estatais), exerce poder de comando, *imperiurn,* a *arquia* (assim devemos traduzir *Herrscherqewalt),* portanto ou sem lhes dar poder próprio, ou "senhorizando-os" (senhorizar é dar o governo ou o poder a alguém, Joaquim de Santa Rosa de Viterbo, *Elucidário,* 2e ed., II, 208). Ou o Estado, ainda atento á sua criação e ao seu funcionamento, ou só à criação, ou só ao funcionamento, não exerce, nem dá a exercer senhoria, arquia, *imperium.*

Na última espécie, arquia não há; por conseguinte, não há autarquia, que é arquia *mais* autonomia. Há autonomia, como os particulares, em geral, a têm; posto que possa o Estado algo exigir, como conteúdo de regra jurídica, constitucional (Constituição de 1988, art. 23, Xl, sobre registro, acompanhamento e fiscalização das concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hidricos e minerais).

A exigência da autorização, permissão ou concessão não estabelece que seja de impei-ium que se trata. As empresas as quais o Poder Executivo outorgue ou renove concessão, permissão e autorização para o serviço de radiofusão sonora e de sons e imagens, conforme o art. 223 da Constituição de 1988, não são, por isso, portadoras de arquia, ou *Herrschergewalt,* ou *irnperiurn.* Nem as companhias de seguros e outras; nem as pessoas de fins assistenciais, filantrópicos, ou cívicos, a que se fez referência no Decreto-Lei ne 4.684, de 12 de setembro de 1942; nem os sindicatos operários e industriais, que são *livres,* quer dizer: não podem ser soldados ao Estado, *ainda* que se lhes conserve autonomia.

(a) O conceito de "entidade autárquica", que *eg.* a Constituição de 1946 adotou, no art. 77, II, 2ª parte, somente concerne às entidades, personificadas ou não, que tenham de, por seus administradores, prestar contas ao Estado.

São os administradores que prestam contas ao Tribunal de Contas, como órgão estatal, por serem tais entidades ou estatais, a despeito da autarquização, ou paraestatais, pelo quanto de *imperium* que lhes foi atribuido. Note-se bem que a Constituição de 1946 não dissera: "julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos e as das entidades autárquicas"; e sim: "julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e *as dos administrado* res das entidades autárquicas". Na 1ª parte do art. 77, II, cabiam todos os que fossem "responsáveis por dinheiros e outros bens públicos", inclusive *a)* a sociedade irregular, *b)* as sociedades antes da atividade social, mesmo antes da assembléia de fundação, *c)* as sociedades estrangeiras por ações, cuja personalidade não foi importada, *d)* as comissões de exposição ou de caridade, personificadas ou não etc.

(Comentários à Constituição de 1946, II,2ª ed., 350 s.). Na 2ª parte desse art. 77, II, entravam as autarquias personalizadas ou não (capacidade pré-pessoal de ser parte ou capacidade de ser parte pela existência fática da *universitas)*.

A lei ordinária não podia alargar ou estreitar o conceito constitucional de "entidades autárquicas", porque seria alargar ou estreitar a competência do Tribunal de Contas.

Se os recursos consistiam em contribuição por membros de associação, não se podia concluir somente disso que se tratasse de taxa. Taxa, ela o é, no sentido lato, como se fala de taxa de juros (Código Civil, art. 1.062: "taxa dos juros moratórios"); não, porém, taxa, no sentido de classe de *tributação.* A fixação por lei não publiciza, de si só, a contribuição, não a transforma em *tributo:* o Estado poderia ter-se abstido de fixá-la e teriam de fixa-la, igual, menor, ou maior. Essa função de fixação de taxa que as leis, desde toda a história, exercem, prende-se à *técnica de quantificação* que às vezes sub-roga quantitativo a qualitativo (R. von Jhering, Geist *des rõmischen Rechts,* 1, 5º ed., 53 sã, outras vezes, por sugestão de prudência, ou previsão, ou outra razão de interesse comum aos figurantes, escolhe entre percentagens. Então, o legislador, em vez de empregar termos que fujam ao strictum ius *(e.g.,* contribuição "razoável", contribuição "que não seja excessiva"), desde logo fixa. As vezes, o legislador *evita* que a maioria deliberadora vá muito aquém, ou muito além de certa percentagem; outras vezes, diante de unidades intra-estatais, *evita* que se aplique fora da região em que se arrecadou o dinheiro destinado. A mesma política de evitamento é a que se segue a respeito das taxas de usura e de prazos legais para desocupação de casas.

A contribuição pode ser de direito público, ou não; o simples fato de ter sido fixada pelo ato estatal o quanto da contribuição não basta para a transformar em *tributação:* o Estado tem tal autoridade, hoje apenas em *lei* (Constituição de 1988, arts. 5º, II, e 22, 1), ainda quando não se trate de tributação, como fixa "taxa de juros moratórios", ou aluguéis: a regra de direito não transformou em negócio jurídico de direito público o empréstimo, a partir da mora, nem em negócio de direito público a locação; é preciso *não se confundir* o *poder de legislar, a título* de persona potentior, *a favor do cidadão ou do interesse público, como a respeito de tutela, de usura, de máximo ou mínimo de contribuições de direito privado,* com o *poder de tributar* e *comandar* (imperium, Herrschergewalt): o Estado não é só *imperium;* se ele fosse só *imperium,* não haveria legislação de direito privado, pois toda legislação é feita por ele. Um dos traços característicos das autarquias é a espada de Dâmocles, que o Estado *retém* por sobre elas, pronto a extingui-las quando queira, como *ultima ratio.*

O art. 77, II, 2ª parte, da Constituição de 1946, a que nos referimos, a exemplo do art. 71, II, da Constituição de 1988, não submeTeil ao julgamento do Tribunal de Contas *as contas das pessoas,* — submeTe *"as* (contas) dos *administradores",* sem qualquer alusão à personalidade; e porque está em causa estatalidade ou paraestatalidade, isto é, exercício de *imperium* ou utilização do *imperium.* Se há autarquia, os administradores, e não as autarquias, respondem: se são personificadas, essa personificação não importa, porque a substância do Estado ou o que deveria ser substância do Estado lá está; a personificação não é óbice a essa relação jurídica direta entre o Estado, por seus órgãos, e os administradores. Se o Estado considera pessoa de direito privado alguma instituição, essa intromissão do Estado não pode ser senão de acordo com os princípios de direito comum, civil, penal e processual. Lá está pessoa de que não se pode abstrair, sem se violar a Constituição. Dir-se-á que pode ocorrer a entrega de *imperium,* de arquia, à pessoa de direito privado: tal regra jurídica seria nula, por inconstitucional: o *imperium* é indelegável. A administração pode autarquizar-se em algum setor: não há, ai, delegação; a administração pode ser exercida onde o Estado, respeitados os princípios constitucionais, autarquiza o que ainda não é ou deixa de ser puramente estatal: não delega, porque lei regula, administração vela e justiça tutela a autarquia.

O elemento decisivo para se saber se há, ou não, *autarquia* é o de estar, ou não, o grupo, ou corpo, investido do direito de senhoria, de arquia, de *imperium,* do poder de comando, estatal ou paraestatalmente. O poder e fim de cada grupo, ou corpo, é que mostra se há, ou não, arquia; uma vez que, *ex hypotbesi,* são autônomos, se há autarquia. Se não há arquia, *imperium,* há apenas corporação qualificada, *qua lifizierte* Korporation, segundo a expressão de W. Kahl. Quando há arquia, senhoria, *imperium,* a administração pública reserva-se maior controle, maior possibilidade de intervenção, *a despeito da autonomia,* inclusive mediante aprovação de atos, de recursos ou de vetos (Drews, *Grundzúge der Verwa)tungsreJorm,* 236), ou tomada estatal de contas (Constituição de 1988, art. 71, II).

Nem personificação no direito público, só por si, nem o fim da entidade autônoma basta para a fazer autarquia. O

conceito de pessoa jurídica de direito público começou a usar-se no século XIX, na legislação especial alemã, e passou ao § 89 do Código Civil alemão. Não implica arquia, *imperium,* senhoria, por parte da entidade. O Estado pode ter interesse em criar pessoas de direito público para que, fora da economia escrava (o contrário de livre) dos tabelamentos e preços fixos, intervenham no mercado, comprem e vendam, a fim de atenuar os males dos propósitos açambarcadores e dos trustes: nem por isso são autarquias; entram na competência comercial, como os outros estabelecimentos. Essa publicização da personalidade pode resultar de explícita regra jurídica, ou, indiretamente, do cunho que se dá à sua organização, ou do embutimento dessa organização no corpo da organização estatal (se bem que não tenha substância estatal). A maior autoridade sobre história e teoria das corporações, O. von Gierke (Die Genossenschaftstheorie *und die deu* tsche Rechts *prechun˚,* 163) escreveu: “Há corporações de direito público, com encargos puramente de direito patrimonial (por exemplo, associações públicas de crédito, seguro, auxílio e socorro), e corporações de direito privado, para fins puramente ideais e de utilidade comum, até para fins que se ligam a assuntos públicos”. Quer dizer: a matéria da competência do Estado. Tal seria, entre outras, a sociedade privada para melhora da alimentação nas escolas públicas, ou melhor eficiência do trabalho dos funcionários públicos. O ser de direito público a pessoa apenas significa que a sua capacidade de direito e a sua organização se regem pelas normas de direito público, e não pelas normas de direito privado (C. Crome, *Spstem,* 1, § 48, 216), mesmo porque a distinção somente se revela, praticamente, quando se sai do Estado policial absolutista (O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht,* II,

369), — antes mais interessava distinguirem-se corporações privilegiadas e corporações não-privilegiadas. A *potestas inspectoria* sobre pessoas de direito privado tem, historicamente, explicação: é o que resta da indistinção anterior, lá onde a experiência ou a relevância do fim não permitiu que a dicotomia se fizesse em corte fundo. Não há, nelas, *imperium,* nem razão para se fazerem pessoas de direito público; no entanto, o Estado inspeciona-as.

Nenhuma lei ordinária pode dar ao conceito de "entidade autárquica" outro conteúdo que aquele que resulta da interpretação da Constituição. Seria inconstitucional a lei que ampliasse ou restringisse o conteúdo do conceito de "entidade autárquica".

§ 80, Pessoas jurídicas de direito público não-autarquias

1.

Pessoas *jurídicas de direito público* sem *ligação estatal.* O nome "autarquia" alude, positivamente, a auto-comando, mas, negativamente, à ausência de subordinação. Há personalidades jurídicas, que de modo nenhum se ligam ao Estado, posto que pertençam ao direito público. Se o Estado separou de si, completamente, a pessoa jurídica, mas admitiu que a regesse o direito público, a pessoa jurídica não é autarquia, nem, tampouco, pessoa jurídica de direito privado. Tais personalidades são estranhas ao direito privado e ao direito administrativo. Nem toda pessoa jurídica de direito público é pessoa jurídica de direito constitucional, ou pessoa jurídica de direito administrativo. Noutros termos: União, Estado Federado, Território, Município, *ou* autarquia. Os sindicatos profissionais (distritais, municipais, intermunicipais, estaduais e interestaduais e nacionais) são pessoas de direito público (Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 511-625). No contrato de trabalho, não há a prestação contra correspondente prestação em obra, ou em serviço exclusivo do que o presta, sem vinculo de subordinação interna. No contrato de trabalho, há a colaboração e fusão dos trabalhos de alguns ou muitos, sob a direção do chefe de empresa, ou sob direção hierárquica mais complexa: a prestação passa a ser o trabalho como tal, sem, ou quase sem ligação que o individualize, e abstraindo-se do resultado final.

2. *Empresa* e *trabalhadores.* Tal hierarquia nasceu no direito privado, não se confunde com o poder público; mas, em diferentes períodos históricos, o interesse *público* em que ela não se transforme em estado de sujeição (escravidão, adstrição à gleba, eliminação da liberdade de trabalho) sugeriu a auto-defesa dos trabalhadores, ou a intervenção do Estado, ou ambas. O fito é evitar a sujeição e levar a técnica social à colaboração recíproca e à cooperação, com o mínimo de sacrificio individual e coletivo. E aí, por essa brecha, que entra o direito público, com algumas regras jurídicas, quase sempre cogentes. A empresa é ou pode ser de direito privado e de direito privado a pessoa física do trabalhador. A personalidade de direito público dos sindicatos, federações e confederações sindicais é um dos meios técnicos para se obter o *direito do trabalho,* como um dos ramos do direito público, ao lado do direito constitucional, do direito administrativo e de outros.

§ 81. Suporte fático da personalidade jurídica

1.

Teorias sobre *a natureza da pessoa jurídica.* A teoria da ficção (F. von Savigny, G. E. Puchta, B.

Windscheid) partia de que só o homem era pessoa, *verdadeiramente.* A teoria orgânica (G. Beseler, O. von Gierke, E. Zitelmann, E. Regelsberger) acentuou o conteúdo de vontade coletiva real, que há na pessoa juridica, mas errou em assimilá-la ao ser vivo. O conceito de organismo é supérfluo ao direito, e equivoco; no mundo fático, não no seria menos, porque associação e fundação não são organismos. Não menos inadmissível a *réalité technique* dos juristas franceses (L. Michoud, R. Saleilles, E Cény). As teorias que vêem, por *trás* da pessoa juridica, os homens-destinatários (R. von Jhering) ou os homens-disponentes (E. Hólder), também são teorias do suporte fático. Ora, o suporte fático, sem a lei que incida sobre ele e faça surgir a pessoa jurídica, não pode explicar as pessoas jurídicas: é a união ou o ato institucional; e há uniões não personificadas e instituições nãopersonificadas. Portanto, nada se finge: a regra jurídica incidem elementos fáticos; nem há *ser vivo,* como suporte fático: pode havê-lo, ou havê-los, como elementos do suporte fático. Teixeira de Freitas (Esboço , 1, 181) cedo se insurgiu contra a teoria da ficção: "... quase todos os escritores reputam essas pessoas como fictícias, qualificação que deve ser rejeitada" e "de que admira que a ciência já não esteja

expurgada". E explicou: "Há nisto uma preocupação, para alguns porque supõem que não há realidade senão na matéria, ou só naquilo que se mostra acessível à ação dos sentidos, e para outros, por causa das ficções do direito romano, com as quais o Pretor ia reformando o direito existente e atendendo a necessidades novas, simulando porém que o não alterara. O Estado é a primeira das pessoas de existência ideal, é a pessoa fundamental do direito público, á sombra da qual existem todas as outras; e quem ousará dizer que o Estado é uma ficção?" A análise do suporte fático das pessoas jurídicas melhor se faz nas associações e sociedades sem personalidade. O que, nelas, não é fático, é apenas relação jurídica entre pessoas físicas ou pessoas jurídicas: aquela *transparência,* —que a teoria dos homens-destinatários ou a teoria dos homens disponentes apontava, sem razão, — aqui tem toda a pertinência (quem adquire e dispõe são os membros). Tais sociedades têm capacidade de ser parte, enquanto duram os seus negócios, e capacidade processual passiva (nossos Comentários ao *Código de Processo Civil,* 1, 305 **5.;** cf. R.

Pollak, .System, 132). As relações sociais são regidas pelo direito relativo às sociedades. Todavia, se alguém conclui negócio jurídico em nome de sociedade que não tem personalidade, responde individualmente: bem assim, solidariamente, se são duas ou mais as pessoas que em nome dela negociam. Além dessas teorias, outras há, ainda menos jurídicas, que revelam regressão política ou perturbação por pânico ou indecisão, por parte de escritores europeus. E óbvio que a ciência tem de se esforçar por fechar a porta a esses elementos emocio nais ou psicanalíticos, que lhe turvariam a obra.

2.

Sujeito *de direito.* Somente depois de se saber o *que* é sujeito de direito é que se pode pôr o problema de se saber quem é *sujeito de direito.* Assim, podemos denominar pessoas quem *pode* ser sujeito de direito, quem tem ingresso, como termo, nas relações jurídicas. Se houvesse quem pudesse ser *sujeito de deveres,* sem poder ser *sujeito de direito,* ter-se-ia de entalhar a dicotomia pessoas ativas e pessoas passivas; mas os fatos do mundo juridico não nos apresentam seres com possibilidade de ter deveres sem possibilidade de ter direitos, ou viceversa; de modo que, quando dizemos "sujeito de direito", "pessoa" ("personalidade"), usamos, legitimamente, forma elíptica; isto é, dizemo-lo, em vez de "sujeito de direito, pretensões, ações e exceções, deveres, obrigações e situações passivas nas ações e exceções , pessoa (personalidade) = possibilidade de ser sujeito em relação jurídica, ativo e passivo". Os juristas que acentuam o lado passivo e vêem nas regras jurídicas focos

de deveres, o que tentaram opor, como originalidade, à concepção da regra jurídica foco de direitos, foram vitimas do vício multi-secular da concepção da regra jurídica como ditame do governante ao súdito, subjetivismo regressivo que ainda ressalta na obra de Hans Kelsen *(Hauptprobleme,* 72). A regra jurídica apenas incide sobre o suporte fático, que, assim, entra no mundo jurídico. A incidência, objetiva, independe do conteúdo despótico ou indicativo da regra jurídica, variável com os sistemas políticos desde os primeiros grupos sociais. No terreno jurídico, a incidência é objetiva, lógico-psicológica. O que se irradia do fato jurídico é eficácia jurídica e toda ligação causal entre o edictor da regra jurídica e o dever é interpretação *política,* que nada tem com o mundo jurídico. No mundo juridico, *após* a incidência, portanto tendo já ficado para trás todo o conteúdo despótico ou indicativo da *elaboração* da regra jurídica, o que se vê é o fato jurídico, com a sua irradiação de eficácia. Se dizemos: elaboração A, incidência B, fato juridíco C, irradiação de direitos (D), de deveres (D‟), de pretensões (D”) etc., a atitude dos juristas que ligam A a D‟ é por cima do mundo jurídico, na dimensão política, em que eles podem saltar por sobre B, C e D. Não no era menos a atitude dos que ligavam A a D. Na história dos fatos jurídicos já antes da juridicização (na sua proto-história, isto é, no mundo fático), entidades aparecem como elementos subjetivos dos suportes fáticos.

No mundo jurídico, esses elementos são tidos como sujeitos das relações jurídicas, basicas ou irradiadas do fato jurídico. A subjetividade mesma faz-se jurídica. Porém tudo pararia aí se não se tivesse de considerar a *quem pode* ser *sujeito* de direito como titular de direito a ser sujeito de direito. Quem pode ser sujeito de direito, por ter os requisitos para isso e havê-los satisfeito, tem *capacidade de* direito; portanto é pessoa e tem direito a ser tratado como tal. O nascimento da pessoa física e a atribuição da personalidade jurídica são, pois, suportes láticos, sobre que *incidiu* regra jurídica, tornando-se fatos jurídicos. Portanto, aquela possibilidade lógica de ser sujeito de direito também entra no mundo jurídico e se torna possibilidade jurídica. Tanto seria monstruosamente unilateral pensar-se em pessoa sujeito só de deveres quanto o seria pensar-se em pessoa sujeito *só* de direitos.

§ 82. Associação e sociedade

1.

Os dois conceitos. As leis e a doutrina empregam as expressões "associação" e "sociedade", sem dar-lhes os conceitos (arts. 16, 1, 22 e 23). Na ciência, pouco se adiantou com se aludir à preponderância de sinais: seria associação se mais sinais apresentasse de associação, e sociedade, se mais os apresentasse de sociedade (cf. O.

von Gierke, \/*ereine ohne Rechtsfàhigkeit,* 11). Mas isso implicaria, antes, terem-se arrolado os sinais em duas classes, precisamente, e satisfazer-se o jurista com o cálculo aritmético, abstraindo de cargas que fizessem mais relevante, mais pesado, mais forte, um sinal do que outro.

A associação diferença-se, em principio, da sociedade em que essa é de número determinado de membros, ao passo que aquela pode ter número indeterminado, com ou sem mudança normal deles. A sociedade anônima é sociedade; a associação dos empregados do comércio ou dos empregados públicos é associação. Mas o que diferença *de regra,* não diferença *essencialmente.* Não se pode dizer que a associação se dístinga da sociedade, porque, nessa, a união de pessoas determinadas é essencial e a substituição excepcional: há as sociedades por ações em que se elimina esse sinal. À sociedade, diz-se, é preciso a unanimidade; ao passo que o principio majoritário é o que rege as associações: isso não as caracterizaria; resultaria, em regra jurídica dispositiva, da existência de uma, ou de outra. Nem as distinguiria o fim econômico ou não-econômico: há associações de fim não-econômico e associações de fim econômico; sociedades de fim econômico e sociedades de fim não-econômico. Também os arts. 22 e 23 não servem de base para as distinguir: as sociedades de fins não-econômicos, de que o art. 23 não falou, têm de ser tratadas conforme o art. 22; e as associações de fins econômicos, de que não falou o art. 22, entram, a contrário senso, no art. 23. Os arts. 22 e 23 apenas exprimem que, *de ordinário,* as associações são só de fim não-econômico; e as sociedades, de fim econômico. Os arts. 22 e 23 ocuparam-se do *id quod plerum que accidit.* No entanto, no art. 16, 1, o conceito de sociedades foi estendido, só se deixando a parte as associações de utilidade pública. Ao mesmo tempo, o art. 16, 1, confirma que há sociedades de fins não-econômicos. A dicotomia dos fins é sem qualquer interesse para a distinção; bem assim a exigência de diretoria, de que a sociedade pode precisar, inclusive por lei (O. von Cierke, \/ereine ohne Rechtsfàhigkeit, 7; contra, M. Hachenburg, Vortràge, 2ª ed., 487). No direito suíço, a atitude do legislador foi, até certo ponto, arbitrária: considerou associação qualquer união de pessoas, corporativamente, sem fins econômicos (Código Civil suiço, arts. 60-79; E. Hafter, Personenrecht, *Kornmentar* de M. Gmur, 1, 238).

Tampouco serve de critério o estar no pensamento e intuitos dos membros da associação criarem sujeito de direito.

A sociedade de regra não corporífica; a associação é essencialmente *corporativa.* Dai falar-se de substrato corporativo da associação (Christian Meurer, *Die juristischen Personen,* (63): na sociedade, há sócios; não, associados. A reunião de pessoas é associação quando de tal maneira se organizou que os seus membros se apresentam como todo único e uno e os *cobre;* isto é, quando o membro tem qualidade comum, sem ser só o

"sócio", o que participa da vida social. A individualidade do membro entra pouco, ou nada (P. Knoke, *Das Recht der Gesellschaft,* 21; O. Swart, *Der nichtrechtsfdhiqe* Verem, 7).

A diferença entre fundação e sociedade vem, por conseguinte, desde o suporte fático. O "meio solto", que há entre os sócios, é substituído, na associação, pelo "quase fundido". Assim, pode ser explicado o que outras concepções não conseguiram explicar: ser, de regra, dispositivo o direito sobre sociedade; ao passo que, nas associações, as normas são, de ordinário, cogentes. Já se sabe qual o direito que rege as associações quando se constitui qualquer delas; por isso mesmo, tão poucos artigos dos códigos se lhes dedicam. O substrato corporativo (= o elemento corporativo, diferencial, do suporte fático) já aponta os princípios que sobre ele têm de incidir; ao invés, ninguém sabe qual o direito que há de reger a sociedade, razão por que se amontoam nas leis regras jurídicas, quase sempre dispositivas. Algumas dessas regras não podem ser invocadas a propósito de associação, porque o suporte fático não se ajustaria a elas.

Enquanto a associação se não personifica, há certa dificuldade em se distinguir da sociedade a associação, mas tal dificuldade é *subjetiva:* estamos insuficientemente informados sobre o suporte fático, máxime se não há ato constitutivo escrito. Esse é que é o fundamento da atividade legislativa, que em alguns países dedicou regras jurídicas especiais à associação não-personificada (Código Civil alemão, § 54, reduzindo-as, de muito, a sociedades; cf. Código suíço das Obrigações, art. 530 s., Código Civil suíço, art. 62, que as equipara a essas). Tal providência, por demais expedita, não é sem inconvenientes, porque consiste em deixar à doutrina a triagem do que é inadequado, dentre as regras jurídicas sobre sociedades, à associação.

2.

Personificação das associações. A permissão da personificação das associações significa que se admitiu a relevância do elemento corporativo. A hostilidade dos Enciclopedistas e da Revolução francesa foi causa de se propagar por muitos países a vedação das associações. O individualismo a todo custo não saía da compropriedade e da sociedade-contrato. A propriedade, sob a forma de indivisão, é aquém da propriedade unificada, pertencente à associação, ou à sociedade personificada. Não há, nessa, a justaposição de direitos de propriedade; quem fala de corporação, de pessoa jurídica oriunda de pluralidade de pessoas, exclui, por isso mesmo, a pluralidade *atual,* — a pluralidade só existiu na formação do suporte fático, que, por força, já se completa com o elemento corporativo.

3. *Elemento corporativo.* As sociedades não têm como pressuposto necessário o elemento corporativo. Foram a vedação e a dificultação das associações que criaram a dissimulação do elemento corporativo e espalharam pelos paises de influência jurídica francesa as "sociedades", às vezes, até, "sociedades comerciais", que não eram mais do que associações. Com essas práticas veio o hábito; com o hábito, a confusão conceptual entre associação e sociedade. A associação, com o seu elemento fático de corporatividade, estava a meio caminho da personificação; a sociedade mais distanciada. No entanto, a personificação conferia à sociedade a unidade de patrimônio, distinto dos patrimônios dos sócios, que se negava à associação, vedando-se-lhe a personificação.

Por outro lado, a ratio política da vedação, que mais concernia às corporações de mão-morta, cavou, artificialmente, a distinção entre associações de fins não-econômicos e sociedades de fins econômicos, como se fosse exaustiva; isto é, como se não houvesse associações de fins econômicos e sociedades de fins não-econô-

micos.

4.

Fim ilícito da pessoa juridica. Os fins da pessoa jurídica hão de constar da declaração exigida pelo direito registrário (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 115). Se não constam, o registro pode ser atacado, segundo os princípios. Se constam e, sendo ilícitos, cabem na

classe dos fins ilícitos a que se refere o art. 2ª do Decreto-Lei nº 9.085, de 25 de março de 1946, sem que o oficial do registro, ou o juiz haja recusado a inscrição, os fins ilícitos são tratados como qualquer outra causa de invalidade, aí não revestido o ato pela fé pública do oficial, porque a ilicitude de fim, como a impossibilidade do objeto (art. 145, II), a falta de forma (art. 145, III) e a incapacidade (arts. 145,1, e 147, 1), ou a infração de requisito (art. 145, IV), não é *revestida* pela fé pública.

Não se precisa propor ação ordinária para anulação da escritura pública se o juiz tem diante de si a prova de que a pessoa, que dela consta, como figurante, é incapaz (arts. 145, 1, e 147, 1). Nem se há ilicitude ou impossibilidade do objeto, ou espécie do art. 145, IV e V. Porém a alegação de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude contra credores, tem de ser em ação ordinária, o que afasta o problema da discrepância entre a alegabilidade sobre invalidade do ato jurídico e alegabilidade contra a escritura pública em si.

Diz o art. 2ª do Decreto-Lei nº 9.085: "Não poderão ser registrados os atos constitutivos de pessoas juridicas, quando seu objeto ou circunstância relevante indique destino ou atividade ilícitos, ou contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, á ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes." A regra jurídica é instrucional, dirige-se aos oficiais do registro de pessoas jurídicas. A regra juridica sobre invalidade está alhures e já existia, sendo de notar-se que o conceito do art. 145, II, 1ª parte, é quase o mesmo. No art. **3º** do Decreto-Lei nº 9.085, acrescentou-se: "Ocorrendo qualquer dos motivos previstos no artigo anterior, o Oficial do Registro, *ex* officio, ou por provocação de qualquer autoridade, sobrestará no processo de inscrição e suscitará dúvida, na forma dos ads. 215 e 219 do Decreto nº 4.857, de 9 de setembro de 1939, no que forem aplicáveis, competindo ao juiz, sob cuja jurisdição estiver o oficial, decidir a dúvida, concedendo ou negando o registro."

No art. **49** do Decreto-Lei nº 9.085, previu-se a atividade anterior à personificação: "Também não poderão ser registados os atos constitutivos de sociedades ou associações que, antes do pedido de inscrição ou concomitantemente com este, tenham exercido atividades ou praticado atos contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado ou da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes.

No caso deste artigo, o oficial, *ex* oficio , ou por provocação de qualquer autoridade, deverá sobrestar no registro, observando o disposto no art. 3º O oficial do registro não pode *declarar* que existiu tal atividade, — seria avocar-se função judicial. Somente pode recusar o registro se tal atividade foi declarada por alguma autoridade judiciária, com força de coisa julgada. Tanto mais quanto, no art. 5º aditou-se: "A concessão do registro não obsta a propositura de ação de dissolução, fundada nos fatos referidos nos mis. 2ª e 4º, ou o procedimento referido no artigo seguinte."

Quanto aos partidos políticos estatuiu o art. 17 caput, da Constituição de 1988: "E livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana". Uma vez registrados, há a ação de anulação do registro e a ação de dissolução, conforme a ilicitude foi anterior ou contemporânea ao registro, ou se foi posterior 5.

Sociedades religiosas e associações. Quanto ás sociedades religiosas, também somente têm existência legal depois de registrados os atos constitutivos, ou estatutos. O art. 18 é explícito. Só lei *(a)* pode, em geral, derrogando o art. 18, ou *(b)* in *casu,* na criação de pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado, abrir exceção. A despeito da clareza da lei e dos princípios gerais de direito, tem-se procurado atribuir personalidade a igrejas, freguesias, ou fábricas, que não têm vida regulada em lei, como exigiu o acórdão do Supremo Tribunal Federal, a 15 de julho de 1927 (DJ de 21 de março de 1928, 1.346). Se não há lei da classe *(a)* nem da classe *(b),* o registro é indispensável (Supremo Tribunal Federal, 30 de janeiro de 1942; 2ª Turma, 30 de janeiro de 1943, *RT* 143/321). Não é de modo nenhum pessoa de direito público qualquer sociedade religiosa. O acórdão do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, a 3 de maio de 1939 *(RT* 126/665), que o afirmou, lamentavelmente confundiu o Vaticano, que se representa no Brasil pelo núncio e é pessoa jurídica de direito das gentes, e a Igreja católica, que há de ser tratada no Brasil como o são as outras Igrejas e confissões (Constituição de 1988, art. 5º, 1, VI, VII e VIII). Se, dentro do sistema jurídico da religião, as pessoas jurídicas são autárquicas, ou não, ou se cabe atuação de autoridades eclesiásticas a partir, de cima, de autoridade religiosa no *Brasil* (a atuação de fora chocar-se-ia com os arts. 5º, 1, VI, VII e VIII, 17, *caput,* e os arts. 1º e 5º, ~ Não se pode negar a irmandade, confraria, ou ordem, que tem personalidade jurídica, discutir com outra, em juízo, algum interesse, salvo se foi isso ressalvado no seu ato juridico registrado, só se admitindo a intervenção contra a exercítabilidade da pretensão se ela anuiu em tal (Sentença do Juiz de Direito da Vara

Cível José de Aguiar Dias, 4 de agosto de 1950, *RF* 131/222: "As associações religiosas são sociedades civis e se regem por seus estatutos. Se estes não contêm cláusula de subordinação das eleições á autoridade eclesiástica, não pode esta impugná-la ou pretender fiscalizá-las").

6.

Sociedades e associações pias ou morais. O fato de ter nome de santo, ou aludir a alguma religião o nome da associação pia, ou moral, não a faz sociedade ou associação religiosa. Sociedade religiosa é a que se dedica ao culto. Se, ao lado do culto, pratica beneficência, ou ensino moral ou assistência moral, é mista. Se o culto é secundário, cessa qualquer caracterização como sociedade ou associação religiosa. Tal sociedade ou associação fica fora de qualquer hierarquia religiosa. Os órgãos da associação religiosa personificada somente podem ter pretensão fundada no art. 159, ou no art. 160, *ex argumento,* por algum dano causado com o uso do nome, ou a alusão à religião, a que correspondem tais órgãos.

7. *Legislação sobre registro.* As legislaturas estaduais, territoriais, distrital e municipais não têm competência para edictar regras jurídicas sobre personalidade das entidades religiosas, pias, morais, científicas, artísticas, ou literárias. Direito local pode dar personalidade de direito público estadual; não pode tirar, nem dificultar, nem vedar aquisição de personalidade (sem razão, os acórdãos da 5ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 19

de fevereiro de 1936, e 12 de maio de 1937, *RT* 102/232 e *RT* 110/301). O que a legislação local pode estabelecer é que determinado efeito de direito público local, que não resulte da simples aquisição da personalidade, só se produza com o registro especial, ou qualquer outra formalidade, que lhe faça feição. Por exemplo: o Estado Federado pode exigir registro especial de templo, ou de instituição de educação ou assistência social, com as declarações-pressupostos, se pretende invocar a imunidade do art. 150, VI, *b)* e c), Constituição de 1988.

8.

Sociedades comerciais. A forma escrita é exigida ao ato constitutivo (Código Comercial, art. 300: "O

contrato de qualquer sociedade comercial só pode provar-se por escritura pública ou particular; salvo nos casos dos arts. 304 e 325. Nenhuma prova testemunhal será admitida contra e além do conteúdo no instrumento do contrato social."). Para a personificação é preciso o registro (art. 301; sobre a firma, Decreto nº 916, de 24 de outubro de 1890, arts. 2ª-10). Se industrial a empresa, editaram-se as regras jurídicas de registro no Registro Industrial (DecretoLei nº 281, de 18 de fevereiro de 1938, arts. lº∼-7º) porém sem Conseqüências quanto à personalidade. Inspirado no Código Comercial espanhol de 1829 e no português de 1833, o Código Comercial brasileiro ressentia-se da concepção de classe, mas leis subsequentes tiraram à matrícula a significação que tinha.

Mais tarde, criou-se o registro *de* firmas (Decreto n0 916, de 24 de outubro de 1890); depois, o Registro Industrial. O Decreto-Lei nº 341, de 17 de março de 1938, instituiu certas exigências relativas a estrangeiros, porém sem Conseqüências quanto à personalidade.

No estado atual do direito brasileiro, nem a matrícula nem a inscrição da firma são pressupostos essenciais à obtenção da qualidade de comerciante. Tampouco se há de confundir *personifica*ção e *coniercialidade.*

A matricula no registro do comércio *personifica* (Código Comercial, arts. 42 e 6º 301, 307, 325 e 338; Código Civil, art. 18, v *erbis* "no seu registro peculiar"); e estabelece presunção de comercialidade (Código Comercial, art. 9º: "O efetivo exercício do comércio, para todos os efeitos legais, presume-se começar desde a data da publicação da matrícula."), porque, para que a pessoa física ou jurídica se tenha como comerciante, é preciso que exerça o comércio, efetivamente (Código Comercial, art. 49, *verbis* "e faça da mercância profissão habitual").

Donde o problema: se há pessoa jurídica com a inscrição no registro do comércio, dita matrícula (Código Comercial, arts. 6º, 301, 307, 325 e 338; Código Civil, art. 18) e não se satisfez o segundo pressuposto para a comercialidade, que é o de exercício do comércio, como profissão habitual, ∼a inscrição, dita matricula, atribui personalidade civil à entidade inscrita? Se a resposta é afirmativa, temos pessoas jurídicas de direito civil que não são registradas no registro civil das

pessoas jurídicas; se negativa, a matrícula por si só não personifica. A solução, que se impõe, diante do art. 18 do Código Civil, é a primeira: o registro, qualquer que seja, ou o comum às pessoas de direito privado (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts. 114 s.), ou o "peculiar" (expressão usada pelo art. 18 do Código Civil), como o dos jornais (Lei nº 6.015, 30 de dezembro de 1973, arts. 122-126) e do comércio, atribui personalidade, ainda que não tenha a *restante* eficácia que dele depende *(e.g.,* a comercialidade). O registro das sociedades por ações (anônimas) obedece aos arts. 94 s. da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e 36 s. da Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. A Junta Comercial deve recusar registro à entidade que se não destine a operações comerciais; de modo que o registro teria de ser puramente civil (= sem fim comercial). Donde outro problema: se ao registro se procede, ~adquire personalidade jurídica tal entidade ou, faltando competência á Junta Comercial, é *nulo* o registro? Aqui, é inevitável a incidência dos princípios: o efeito personificante não se produziu; se a entidade, depois, mercancia, a personificação produz-se, porque a realidade encheu a falta de fim mercantil (pós-eficacização).

Faz-se no registro do comércio o arquivamento dos contratos institucionais das sociedades comerciais, inclusive por quotas de responsabilidade limitada, alterações, dissoluções e extinções (Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, *art.* 32, II, *a;* Código Comercial, arts. 301, 307, 312, 325 e 338) e dos contratos ou estatutos das sociedades anônimas e das sociedades em comandita por ações. A Junta Comercial verifica solenidades extrínsecas e intrínsecas, previstas na lei respectiva, podendo negar registro se o fim é ilícito, ou se há causa de nulidade (não causa de anulabilidade, ou de ineficácia). O Parecer do Presidente do Tribunal de Comércio da Corte com o qual se conformou a Seção de Justiça do Conselho de Estado, em consulta de 16 de agosto de 1859 (Resolução Imperial de 22 de setembro de 1859), considerou o registro ato meramente material de expediente, cujo fim é a mera publicidade dos atos que podem influir nas relações comerciais. A Seção de Justiça de Conselho de Estado, no Parecer de 29 de agosto de 1859 (Resolução Imperial de 17 de dezembro de 1859), insistiu em que as Juntas Comerciais (então Tribunais de Comércio) não devem erigir-se em julgadores da validade dos contratos, por se tratar, apenas, de publicidade. Noutro Parecer, a 9 de abril de 1877, a Sessão de Justiça negou-lhes competência para apreciar qualquer defeito intrínseco do contrato social. Ainda a 14 de novembro de 1877 (Resolução Imperial de 1º de dezembro de 1877), disse que seria absurdo e repugnante aos princípios de liberdade individual, que a Constituição garante, pudessem as Juntas anular

contratos sociais, porque só o poderia fazer a justiça. Já o Aviso nº 343, de 6 de junho de 1878 (Parecer da Seção de Justiça do Conselho de Estado, a 13 de maio de 1878, Resolução Imperial de 1º de junho) aludia à recusa de registro quando os contratos ofendessem interesses de ordem pública e bons costumes (cf. Parecer da Seção de Justiça do Conselho de Estado, 26 de fevereiro de 1877, Resolução Imperial de 14 de janeiro de 1878). Como se vê, tateava-se à procura da verdadeira solução, devido a certa confusão, que em alguns espíritos ainda existia, entre nulidade e anulabilidade. Princípio verdadeiro é o da apreciabilidade pelas autoridades administrativas, encarregadas de registro, da inexistência e nulidade dos atos jurídicos a serem registrados. Se há anulabilidade, só a justiça pode desconstituir o ato jurídico anulável; porém isso não se dá quando se trate de nulidade e não haja lei especial que exija a postulação judicial ou em rito processual ordinário, ou especial. O Decreto-Lei nº 9.085, de 25 de março de 1946, se bem que tenha falado de registro civil das pessoas jurídicas, há de ser entendido em relação a quaisquer entidades que se pretendam registrar, para aquisição da personalidade. Em geral, a Junta Comercial pode negar o registro aos atos constitutivos de entidades: *a)* que se não destinem a operações mercantis, porque o registro próprio é o civil (Código Civil, art. 1.364; Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art, 114,11); *b)* quando o seu objeto é ilícito, ou contrário, nocivo ou perigoso ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes (Código Comercial, *art.* 129, 2; Parecer da Seção de Justiça do Conselho de Estado, a 14 de novembro de 1877, Aviso n° 518, de 4 de dezembro de 1877; e Avisos nº 343, de 6 de junho de 1878, nº 48, de 10 de setembro de 1883, e nº 6, de 22 de fevereiro de 1886; Decreto- Lei nº 9.085, de 25 de março de 1946, art. 2ª c) se faltou a necessária autorização ou aprovação estatal (Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, art. 35, VIII; Código Civil, art. 18; Aviso de 28 de março de 1884, expedido sob Parecer da Seção de Justiça do Conselho de Estado, a 18 de julho de 1883, e Resolução Imperial de 22 de março de 1884; Aviso de 25 de novembro de 1884, sob Parecer das Seções Reunidas de Justiça e Império do Conselho de Estado, a 25 de abril de 1884, *OD* 34/308-317, e 36/148-159); *d)* quando não determinarem o capital social (Aviso de 14 de agosto de 1884 sob Parecer da Seção de Justiça, a 21 de julho, e Resolução Imperial de 9 de agosto), por se não compreender a sociedade mercantil sem designação de capital e quota dos sócios (ainda que se trate de sociedade estabelecida em país estrangeiro com filial no Brasil, cf. Aviso nº 387 de 9 de agosto de 1881, *013* 27/161; *e)* quando o contrato de sociedade em comandita não estiver assinado pelo comanditário, posto de parte o que havia estabelecido a Resolução

Imperial de 6 de setembro de 1889, já então sem fundamento; j) quando o contrato de prorrogação do prazo social é apresentado depois de expirado o prazo do contrato prorrogando (Parecer da Seção de Justiça do Conselho de Estado, de 10 de março de 1886, Resolução Imperial de 29 de maio do mesmo ano, a que corresponde o Aviso nº 40, de 15 de junho; Código Civil, art. 1.401: "Se a sociedade se prorrogar depois de vencido o prazo do contrato, entender-se-á que se constituiu de novo; se dentro no prazo, ter-se-á por continuação da anterior **"),** porque então não se trataria de prorrogação, nem, sequer, de renovação, mas de outro contrato, com ou sem vida comercial intercalar; q) quando a firma já foi registrada, porquanto toda firma se deve distinguir de outra que exista inscrita no registro do lugar (Decreto nº 916, de 24 de outubro de 1890); *h)* se na firma há indicação contrária à verdade, apreciada no Exame dos próprios documentos apresentados (cf. J. X.

Carvalho de Mendonça, *Tratado,* 1, 369, nota 10); *i)* quando algum dos figurantes for absolutamente incapaz, ou proibido de comerciar (Código Comercial, art. 129, 1; Código Civil nº 145, 1), ou quando lhe faltar autorização para o exercício do comércio (Código Comercial, art. 1?, 3); j) quando o ato constitutivo não revestir a forma exigida em lei (Código Civil, art. 145,111); *k)* quando foi preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para sua validade (art. 145, IV); *1)* quando a lei taxativamente o dec!are nulo ou lhe negue efeito (art.

145, V); m) se se contitui suficientemente suporte fático à incidência de regras jurídicas pré-excludentes do arquivamento dos instrumentos que a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1996, estatui no art. 35.

Discutiu-se se pode a Junta Comercial recusar o arquivamento do distrato social, alegando não ter sido registrado o contrato.

O Visconde de Ouro Preto e Rui Barbosa responderam, em Pareceres, negativamente (Fortim, V, 458 s.). Sem razão. Certa estava a Junta Comercial do Distrito Federal, cujo secretário, César de Oliveira, argumentou: "É

indispensável o arquivamento do contrato social para que possa ter lugar o do respectivo distrato Releva ponderar que, em tal caso, não se poderia dar baixa do contrato, Consequência necessária do arquivamento do distrato". É

princípio de direito registrário que se há de exigir o prévio registro do

ato jurídico a que se refere outro ato jurídico que se quer registrar. A solução está, portanto, em exigir a Junta Comercial que se dê a registro o contrato social, para que, depois, se possa registrar o distrato, ou qualquer alteração, ainda ínfima , no contrato social.

Segundo o 1994, todos os atividades afins, dentro de trinta art. 36 da Lei nº 8.934, de 18 de novembro de documentos pertinentes às empresas mercantis e que se têm de registrar, hão de ser registrados dias úteis, contados da data do mesmo documento, a cuja data se estenderá a retroeficácia do arquivamento; fora desse prazo, os efeitos serão a partir do despacho que o conceder. Para as pessoas residentes fora do lugar onde se acha a Junta Comercial, o prazo para o registro começa de ser contado do dia seguinte ao da chegada do segundo correio, paquete ou navio, que haja saido do distrito do domicilio das mesmas pessoas, apos a data dos documentos a serem registrados (Código Comercial, art. 31). Discutiu-se se o registro do contrato social pode ser feito depois de expirado o prazo legal; porém a questão foi pueril, uma vez que só se trata de prazo estabelecido como dever do comerciante e o registro concerne, por princípio, à eficácia do ato jurídico (com razão, a Seção de Justiça do Conselho de Estado, a 16 de agosto de 1859, Parecer adotado pela Resolução Imperial, a 22 de setembro do mesmo ano).

O Decreto nº 596, de 19 de julho de 1890, art. 29, exigiu a publicação como pressuposto à perfeição do ato do registro. Por pertinente, segundo o que a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, regra no art. 31 quanto à publicidade do registro, os atos decisórios da Junta Comercial serão publicados no órgão oficial determinado em Portaria do Presidente, no Diário Oficial do Estado e, no caso da Junta Comercial do Distrito Federal, no Diário Oficial da União.

Se a sociedade é mercantil, regeram-na o art. 19, II, do Código Comercial, Título Único (“As questões de companhias ou sociedade, qualquer que seja a sua natureza ou objeto”), e o Reg. n° 737, de 25 de novembro de 1850, art. 20, § 2t Se a sociedade é civil, *tollitur quaestio,* pois aqueles textos só se referiam às sociedades mercantis (Aviso nº 321, de 21 de agosto de 1855; Supremo Tribunal de Justiça, 25 de junho de 1862). Se a sociedade é mercantil, “todas as questões sociais que se suscitarem entre os sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha” são regidas pelo direito comercial (Revista nº 6.585, de 26

de outubro de 1864). A sucessão na quota do sócio e nos lucros, que lhe caibam, é fato jurídico de direito civil. A cessão a terceiro da tal quota ou a cessão do que for apurado na sociedade mercantil é negócio jurídico de direito civil. Também assim a doação entre sócios para liquidação de sociedade mercantil (Revista nº 9.838, de 1º de março de 1882, *CD* 28/ 195). A respeito do arE 19,11, do Código Comercial, — revogado pelo Código de 1939, substituido pelo Código de 1973 —„ épreciso ter-se em vista que a regra jurídica — excepcional — que nele se continha e no art. 20, § 2% do Reg. nº 737, não se podia ampliar por analogia (Reg. n0 737, art. 11, in *Jine;* J. X.

Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial brasileiro,* 1, 2ª" ed., 572). No próprio direito suíço, que, com o Código Federal das obrigações, unificou o Direito das Obrigações, não se falou da herança do sócio premorto. O que interessa ao Direito das Obrigações é saber-se se a sociedade se dissolve, ou não, pela retirada, ou morte de um dos sócios. Não há confundir-se a *participação social* — "as questões de companhias e sociedades, qualquer que seja a sua natureza ou objeto", de que cogitaram o Código Comercial, art. 19, 11, do Titulo Único, e o Reg. n0 737, art. 20, § e a pretensão relativa ao que corresponde ao participe (no caso, herdeiros) na liquidação. A cessão, em matéria de sociedade, se a lei ou os estatutos não permitem que se ceda o direito de sócio, é só do importe da liquidação, isto é, da pretensão ao que se apura na liquidação. A pretensão dos herdeiros em relação ao sócio sobrevivente é de direito das sucessões. Cada herdeiro tem a sua pretensão à quota da herança na qual se inclui o que se apurar na liquidação social. Nada tem isso com o direito comercial.

Não há nenhuma relação de direito comercial entre os herdeiros do sócio premorto e o sócio falecido.

9.

Pessoas jurídicas e *capacidade delitual.* No arE 1.521, cogita-se da responsabilidade pelo ato ilícito absoluto de outrem. Não se pode incluir o órgão da pessoa jurídica, porque desse não é patrão , amo, ou comitente, a pessoa jurídica. O órgão é a pessoa jurídica mesma, de modo que essa responde por todo dano que resulte de ato ilícito, absoluto ou relativo, que seja praticado pelo órgão , como tal. Ato de órgão, responsabilidade da pessoa jurídica. O que é preciso, portanto, é que o ato tenha sido em exercício de funções. A responsabilidade que deriva de causa de nulidade ou de anulação também se estabelece, pelo ato do órgão, contra a pessoa jurídica. Ato jurídico do

órgão é ato da pessoa jurídica, e não de quem é órgão , sem se precisar de pensar em representação, na qual o ato do representante se *faz* ato do representado (E. Rhomberg, *Kôrperschaftliches Verschalden,* 30). Órgão, núncio e representante são três figuras distintas. O órgão da pessoa jurídica é parte dela, como o cérebro é parte da pessoa física. Não representa, propriamente; pratica o ato da pessoa jurídica (cf. O. von Gierke, *Das Weseri der menschliche k/erbànde,* 26; E. Rhomberg, *Kôrperschaftliches*

\/*erschalden,* 19; K.

Saenger, *Erlóaterang des* § *31 BGB.,* 15-19, que dá cabal resposta a 5. Schlossmann, *Organ and Stellvert reter,* 291 s. e 321).

É falsa a afirmativa de que representantes da pessoa somente possam ser os órgãos (e.g., K. Linkelmann, *Die Schadensersatzpflicht,* 116; certo, K. Saenger, *Erlãaterundes* § *31 BGB.,* 26). A pessoa jurídica pode ter o órgão e ter representante. Órgão não representa, presenta. A própria pessoa, que é parte do órgão, ou o próprio órgão, pode ter recebido, apenas, in *casa,* poder de representação. A pessoa jurídica tem ação regressiva contra o órgão, como contra o representante, se há culpa (O. von Gierlie. *Die Genossenschajtstheorie,* 771). A regra jurídica que diz responder a pessoa jurídica pelo ato do órgão é de direito cogente. Os estatutos podem estabelecer cautelas para os atos do órgão; não pré-excluir a responsabilidade (K. Saengen *Erlàuterung des* § *31 BGB.,* 59 s.).

A falta de rigor terminológico no tratar o ato do Estado, ou, em geral, da pessoa jurídica, e o ato do representante, tem causado confusões lamentáveis na jurisprudência. O arE 15 do Código Civil e o art. 37, § 60, da Constituição de 1988 referem-se a órgãos . Quando alguém representa a entidade estatal, ou, em geral, a pessoa jurídica, não é ao art. 15 do Código Civil ou ao arE 37, § 6º, da Constituição de 1988 que se há de aludir. Quando se trata de órgão, sim. O art. 15 apanha todos os atos dos órgãos das pessoas jurídicas; o arE 37, § 6% todos os atos dos funcionários públicos. Se há representação e não exercício de função pública, tem-se de invocar o direito privado comum ou especial. Portanto, em bom método, o que primeiro se há de indagar é se o ato foi praticado pelo órgão, em função de órgão. Se o foi, incide o art. 15 do Código Civil, ou o art. 37, § 6% da Constituição de 1988.

Se o não foi, já nada se tem com qualquer dessas duas regras jurídicas.

Tratando-se de funcionário público, um dos critérios mais eficazes para se saber se praticou o ato em função pública é o de se apurar se, investido do cargo, que lhe compete, poderia praticar o ato como de órgão e se o praticou. Naturalmente se a relação jurídica entre a entidade estatal e o autor do ato não é de direito público, de modo nenhum se pode pensar em invocação de qualquer daquelas duas regras jurídicas. O motorista que está em relação de direito público com o Estado, em virtude de nomeação, é órgão. Não no é o motorista que foi chamado a servir ao Estado, como seria chamado a servir a qualquer particular. Infelizmente, a jurisprudência tem baralhado as duas situações jurídicas em que se pode achar o motorista, o limpador de ruas, ou de prédios públicos, o consertador de instalações elétricas e outros encarregados de serviço ao Estado, privatisticamente. Acertadamente, a 2ª Câmara do Tribunal de Apelação do Paraná, a 19 de março de 1945 *(PJ* 43/ 330), distinguiu as duas espécies: a do funcionário público, em sentido lato, e a do mandatário, preposto, ou contratado como empregado, no plano do direito privado.

§ 83. Associações e sociedades não-personificadas

1.

Entidades sem *personalidade. De lege ferenda,* ou o legislador adota o *princípio da livre criação personificante* (criada a entidade, personifica-se), tal como acontece às associações de fins ideais, no direito civil suíço (art. 60), ou o *princípio da concessão estatal,* que faz depender de vontade (e não só de exame) do Estado a personalidade juridica, ou o *princípio da determinação normativa,* que apenas exige a satisfação de certos pressupostos de direito material, com ou sem exigência de registro ou publicação. Vê-se bem que o terceiro se esgalha em três. O princípio da livre criação personíficante , a que levaria a teoria da *réalité techniqae,* não foi adotado pela própria França; o seu resultado seria o pululamento de pessoas jurídicas, com certa anarquia e pouca segurança para os terceiros. O segundo corresponde ao estatalismo rígido, ao propósito político de completa integração da vida social. O terceiro é o que atende às exigências de liberdade e de economia individualístíca. E

sistema-síntese.

Sociedade ou associação não-personificada é toda sociedade ou

associação, que resultou de negócio jurídico, ou de lei, mas para a qual (ainda) não se obteve personificação. Organizou-se social ou corporativamente, — não é pessoa. Falta-lhe a capacidade de direito, sem se confundir com a sociedade ou a associação a que se cassou, segundo a lei, a capacidade de direito. Houve constituição de acordo com a lei e tal constituição perdura; não há capacidade de direito, mas há patrimônio que se põe em relevo, sem que coincida ser titular a sociedade ou associação (O. Schlegel, *Die Stellung* des *nicht rechtsfàhigen Vereins,* 15). O patrimônio está exposto à execução das dívidas sociais ou da associação, o que permite conceptualmente a legitimação processual passiva.

2.

Princípio da personalidade transcendente. "As pessoas jurídicas", diz o art. 20, "têm existência distinta da dos seus membros." Não se trata, a, rigor, de regra jurídica. Apenas, tautologicamente se enuncia que as pessoas jurídicas têm capacidade de direito, que as pessoas jurídicas são pessoas. Além disso, as pessoas juridicas, ainda que tratem com os seus membros, se a lei e o ato constitutivo não lhes veda tais negócios jurídicos, ficam como pessoas diante das pessoas dos seus membros. Aquele que lhe compra, ou vende alguma coisa, ainda que assine por ela, como seu representante ou órgão, não faz contrato consigo mesmo. A ligação delas a algum Estado independe da nacionalidade dos seus membros, salvo se lei especial estabelece que elas sigam a ligação ao Estado que dá à maioria deles. Uma das principais Consequências da personalidade das pessoas jurídicas é que, tendo sido estabelecido juízo arbitral para as questões entre a sociedade e os membros, um deles podia ser juiz arbitral (Código Civil, art. 1.043, antes do advento da Lei ne 9.307, de 23 de setembro de 1996, arts. 14 e 44; cf.

O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 50).

A entidade ainda não personificada já está, de certo modo, distínguida das pessoas dos seus membros, porque já há o patrimônio destinado a fim. O art. 20, § 2ª, exprime-o: "As sociedades enumeradas no art. 16, que, por falta de autorização, ou de registro, se não reputarem pessoas jurídicas, não poderão acionar a seus membros, nem a terceiros; mas estes poderão responsabilizá-las por todos os seus atos."

3.

Atos antes do registro. Os atos das próprias entidades que ainda se não registraram são seus (art. 20, § 2°

verbis "responsabilizá-las por seus atos"). Para as ações executivas é preciso que o título seja contra a entidade, o que bem mostra já estar o suporte fático da futura pessoa jurídica a discriminar patrimônios. Pode ser demandada, como pode ser alvo de pretensão ou de exceção. O patrimônio ainda pertence aos membros, mas já está em comum, sujeito às regras do ato constitutivo, o que o diferencia dos patrimônios dos membros. Nenhum dos membros pode exigir a divisão, porque existe mais, a respeito do patrimônio, do que comunhão, existe o fim a que se destina. Ao patrimônio da entidade vai tudo que ela possa adquirir e não pressuponha ato da pessoa; tal como a posse, o crédito emanado de promessa ao público; e tem-se de interpretar que a instituição de herdeiros e o legado são feitos aos membros para que passem à pessoa jurídica, quando nascer, — construção que se impõe para qualquer negócio em que figurem os membros, vinculados à entidade a personificar-se (O. von Gierke, Vereine *ohne Rechtsfàhigkeit,* 21; sem razão, Goldmann-Lilienthal, *Das búrgerliche* Gesetzbuch, 1, 97).

Já o direito romano, com a *societas publicanorum,* admitia que a diretoria fosse independente da mudança dos seus membros. Dá-se o mesmo com as sociedades não-personificadas de hoje. Por outro lado, o ato do órgão, segundo os estatutos ou o ato constitutivo, somente não é tido como ato da sociedade não-personificada, mas é tido como ato dos sócios , na medida em que se formou o patrimônio social. A distinção é de interesse prático.

4. Nome. As entidades não-personificadas podem ter nome. Não é preciso que conste do ato constitutivo; basta ser o de que se servem os membros para as designar. E. Riezler, em *J. Von Staudingers Kommentar,* 1, 7º-8º ed., 254). Antes do registro para a personificação, pode ser registrado, e já se trata com a tutela jurídica do nome (O.

von Gierke, *Deu tsches Privatrecht,* 1 682; M. Hachenbrurg, *Das flOR,* 2ª cd., 488; E. Riezler, em *J. v.*

Staudingers Kommentar, 1, 254; O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 83; sem razão: Th. Olshausen, Das *Verhàltnis des Nanienrechts zum Firmenrecht,* 37; P. Oertmann, *Allgerneiner Teil,* 174; G. Planck, *Kommentar,* 1, 4º

ed., 126; A. von Tuhr, *Der Alígelrneine Teil,* 1, 579). No direito brasileiro, o nome tem registro independente do registro para personificação; e pode haver interesse em desde logo assegurá-lo. Em todo o caso, só os membros podem ir a juízo pedir a tutela jurídica, posto que as ações contra o registro tenham de correr contra a entidade não personificada (art. 20, § 2ª).

5.

Capacidade de ser parte e *capacidade processual ativa.* A entidade não-personificada falta a capacidade de ser parte ativa e a capacidade processual ativa. Tem-se visto no pedido de inscrição e no recurso em caso de denegação pelo oficial exceção à incapacidade de ser parte ativa (E. Hólder, *Allqelmeiner Teil,* 190; E.

Zitelmann, *Allqelmeiner Teil, 69;* O. Gierke, *Vereine ohne RechtsJàhigkcit,* 45); mas sem razão (G. Planck, *Kommentar,* 1, 4º ed., 138; C. P. Wiedemann, *Beitráge,* 545; A. von Tuhr, *Der Alígelmeine Teil,* 1, 489, nota 44; E. Eck, *Vortràqe,* 1, 74). Pela capacidade de ser parte ativa, K. Hellwig, *(Lehrbuch,* 1, 304s.); mas o art. 20, § 2ª, é explícito. Os membros têm, pois, de propor as ações, com os seus nomes, todos, e os requisitos das cumulações subjetivas. No art. 129 do Decreto nº 4.857, falou-se de "representante legal da sociedade", o que poderia dar base à opinião da exceção à incapacidade de ser parte ativa; mas o art. 20, § 2ª, do Código Civil afasta a inferência que se pudesse pretender tirar do vetusto texto do Decreto nº 4.857. Os membros do órgão obram, aí, *nominatim,* como a respeito de quaisquer ações que proponham.

Sem o registro, a sociedade ou associação não pode estar em juízo (Supremo Tribunal Federal, 17 de maio de 1940, *(JSTF* 1.941,11, 192 4º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de dezembro de 1949, RT 125/504, mas a totalidade dos sócios, sim). Se erradamente foi registrada no registro geral, e não no comercial, personificou-se civilmente, e pode estar em juízo, se bem que não se repute comercial (sem razão, a 1ª âmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 27 de janeiro de 1941, *RT* 132/202).

As entidades que ainda não se registraram são reunião duradoura de pessoas, vinculadas a fim comum, que se propuseram, ou ao que resulta de ato fundamental, tendo adotado o essencial das organizações corporativas, ou das fundações, e já se tendo

discriminado, pelo menos em regras do ato constitutivo, o que entrou e entra no patrimônio. Não vem ao caso a espécie de fim. Estão a caminho de serem pessoas; não no são ainda. Como parte, só têm capacidade passiva, e é isso o que se deve entender pelo final do art. 20, § 2ª, *verbis* "não poderão acionar a seus membros, nem a terceiros; mas estes poderão responsabilizá-las por todos os seus atos". O ato constitutivo é o que lhes dá a existência patrimonial, anterior à pessoal. Não é de exigir-se que o fim de personificação tenha existido; nem se trata diferentemente, a propósito do art. 20, § 2ª, a entidade que não logrou ou não pode personificar-se (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 82). Todavia, o art. 20, § 2ª, não incide quando a entidade é proibida por direito público (C. Crome, System, 1, 259, nota 5). Não é proibi-la exigir-se-lhe autorização estatal, salvo se para o inicio da constituição.

Pretendeu-se tirar do art. 20, § 2ª argumento a favor de capacidade de adquirir, por existência de fato (9, o que aberra dos princípios. Se foi deixado algo em testamento a entidade não personificada, essa somente pode adquirir se é de invocar-se o art. 24, ou o art. 1.669, ou se se pode construir a deixa como *modus* (art. 1.664), entendendo-se beneficiados os membros (antes, nº 3).

A sociedade ou associação sem personalidade não pode adquirir entre vivos ou a causa de morte de alguém.

Todavia, a destinação a fim comum opera-se, criando o que se reputa bem social, com as Consequências possíveis de responsabilização (Kämpfer, *Die Rechtsstellung des nicht rechtsfàhigen Vereins,* 38).

As entidades não-personificadas a que se refere o art. 20, § 2ª, precisam estar organizadas com o mínimo indispensável para a personificação, inclusive quanto a órgão diretor, não se lhe vedando diretor estranho. As mudanças são levadas em conta, ainda quando se trate de substituições de membros. A entrada de novos membros, se não foi permitida a deliberação por maioria, opera-se por unanimidade (P. Oertmann, *Allgemeiner Teil,* 170 e O. von Gierke, Deutsches *Priuatrecht,* 1, 24; sem razão, P. Knoke, Eintritt eines neuen Gesellschafters, *Archiu fUr Búrgerliches* Recht, 20, 174, O. Planck, *Nommnentar,* 1, 4º cd., 125). No direito brasileiro, o art. 1.388, 2ª parte, não permite outra opinião. Os arts. 1.404-1.406 incidem.

Órgãos. A entidade supõe direção, ou, pelo menos, quem lhe seja órgão (cl. Lei nº 6.015, art. 120, II). Se a perde, ou se o perde, nada sofre com isso a sua capacidade jurídica, se já a obteve, ou a sua existência pré-

pessoal, se ainda se acha como se prevê no art. 20, § 2Q O órgão, a que se refere o art. 120, II, da Lei nº 6.015, obra *por* si, dentro dos poderes que tem, e de entender-se que pode constituir procurador. O procurador édos membros do órgão, e não da entidade a personificar-se. Com a personificação, dá-se a transferência dos deveres e direitos à pessoa jurídica. Órgãos da *vontade* da entidade, os órgãos que tinham de agir como pessoas físicas e em função de interesses comuns passam a ser órgãos de *vontade* da pessoa jurídica.

7.

Administração e órgão *externo.* Se a entidade é não-personificada, a administração compete a um ou mais sócios, com exclusão dos outros, ou a todos. Os sócios têm obrigação de realizar as suas quotas, de acordo com o contrato existente entre eles. E possível que se tenham concebido como aumentáveis por delibe ração de todos, ou da maioria, ou segundo as exigências da empresa. O patrimônio pode crescer, ou diminuir, por ser separado dos patrimônios individuais, até certo ponto. As aquisições gratuitas são possíveis. Nada obsta a que um dos sócios seja pessoa jurídica. O patrimônio responde pelas dividas. A sentença contra a sociedade não-personificada pode ser executada sobre o patrimônio. Se há, também, responsabilidade do sócio, é outro assunto, — o que, tratando-se de sociedade de fins econômicos, é a regra. Se a diretor conclui os negócios jurídicos, em nome da entidade não-personificada, com a cláusula de não responderem os sócios além do patrimônio da entidade, tal cláusula é nula; mas vale a cláusula estatutária que restrinja os poderes da diretoria, dependendo de ser conhecida dos que com ela tratam a eficácia quanto a esses.

Quanto à dissolução, a sociedade não-personificada obedece à lei que a regula e, no que é de auto-regramento, ao contrato ou aos estatutos.

Dissolvida, segue-se o processo de liquidação. Pagam-se as dívidas, devolve-se o restante, salvo se diferentemente se dispôs. Se a outrem há de ser devolvido, nasce-lhe crédito, em virtude da estipulação a favor de terceiro. Não há pensar-se em sucessão universal (3.

Biermann, *Búrgerliches Recht,* 1, 509). Se algum sócio, ou alguns sócios, ou todos os sócios ficam com o patrimônio social, responde aquele, ou respondem os que o receberam, pelas dívidas não solvidas. A diferença da sociedade personificada, a sociedade não-personificada não tem capacidade para ir contra o sócio para haver aquilo com que satisfaça o credor ou credores que não foram pagos, — é apenas *comunidade unitária,* e não *pessoa jurídica,* o patrimônio social não é dela, simples entidade não-personificada, — é dos sócios.

Se a sociedade não-personificada se personifica, o patrimônio passa a pertencer à pessoa jurídica, e não mais aos sócios, —porque está implícito, em todo contrato social, que se pretende registrar a entidade, para que obtenha personificação. A diretoria pode concluir os contratos e acordos necessários à transferência, porque ao sistema jurídico brasileiro não repugnam, *a prio* ri, os contratos consigo mesmo, segundo os princípios.

A responsabilidade das sociedades ou associações não-personificadas, por dívidas, é responsabilidade dos sócios ou associados, com os bens sociais e os particulares, mas restrita pelo ato constitutivo ou pelos estatutos, se *têm eficácia a respeito dos credores.* Tal eficácia pode provir de registro, ou outro meio eficiente de publicidade, ou de conhecimento pelo credor. No ato constitutivo ou nos estatutos pode-se estabelecer a responsabilidade de cada membro somente pelos bens sociais, ou a do diretório somente por esses. Qualquer reserva unilateral, a que não se haja conferido eficácia *erga omnes,* ou a propósito de algum credor, é sem relevância (Camille de Hody, *Die SchuldenhaJtung nicht rechtsfähiger Vereine,* 41). Tem sido prejudicial à ciência discutir-se, *a priori,* a restringibilidade da responsabilidade, ou sem se atender a que o problema é no plano da eficácia, ainda que se trate de restrição tácita (cp. M. iaraczever, *Die Haftung* fOr *rechtsgeschãftliche .Schulden,* 8). Se não há restrição eficaz, o agente cria a responsabilidade da sociedade e da associação e a sua, pessoal (não só a sua, erro de E.

Heintzmann, *Das Vereinrecht,* 14 s.). Se o órgão constituir representante, de acordo com o ato constitutivo ou com os estatutos, tudo se passa como a respeito de órgãos de sociedades ou associações personificadas. Se somente obra em nome do sócio, ou do órgão, só aquele, ou esse responde (W. Bauer, *Rechtsverhàltnisse des nicht rechtsjàhigen Vereins,* 31). Primeiro executam-se os bens sociais, depois os de quem praticou o ato; finalmente, os dos membros (L. Kuhlenbecl, *Von den Pandekten* zum *BGB.,* 241 s.). Tal condenação

consulta interesses do credor e interesses dos responsáveis. Qualquer alteração é preciso que conste do ato constitutivo ou dos estatutos e tenha a eficácia de que falamos (cf. W. Abrahamson, *Die Schuldenhaftung* des *nicht rechtsfähigen Vereins,* 81 s.). Se se abre concurso da sociedade ou associação não-personificada, não se abre concurso dos membros, e sim somente dela (O. von Gierke, *Vereine ohne Rechtsfàhigkeit,* 43 s.; E Hartwig, *Die Haftung juristischen Personen fOr Delikte,* 37; H. Schneiders, *Der Konkurs tlber das klermôgen des nicht rechtfàhigen Vereins,* 41). Se não se podem pagar os credores, então se vai contra o membro, ou contra os membros, fora do concurso (Camille de Hody, *Die Schuldhaftun° nicht rechtsfàhiger Vereine,* 61).

Se algum membro, que não é órgão, pratica atos jurídicos em nome da entidade, obriga-se pessoalmente, ainda se o terceiro conhecia ou devia conhecer o fato da não-personificação (J. Meisner, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 54; Th. Engelmann, em *J.* o. Staudingers Kommentar, 1, 259; sem razão, J. Biermann, *Bdrgerliches Recht,* 1, 508, nota 21). Tal responsabilidade não se limita aos bens da entidade (O. Warneyer, Kommentar, 1, 87). O

terceiro pode ser membro da entidade. Se dois ou mais membros atuam em nome da entidade, a responsabilidade é solidária.

8.

Capacidade processual passivo. A capacidade processual passiva, que o art. 20, § 2ª, estabelece para a sociedade ou para a associação não-personificada, não vem do direito comum, que estabelecia a capacidade de todas as entidades, antes da personificação. O que no art. 20, § 2ª, se estabelece tem as seguintes Consequências: *a)* as ações hão de ser dirigidas à diretoria, ou a quem tenha qualidade de órgão para a vida exterior; *b)* a entidade é parte no processo, e os membros não no são, razão por que podem ser arrolados e depor como testemunhas (E

Stein, *Die* Zivilprozessordnung, 1, 144); *c)* a reconvenção pode ser apresentada por todos os membros, mas, se a diretoria o faz, entende-se que o fez como órgão, e não como representante dos membros, de jeito que, ali, partes são os membros e o depoimento, que prestem, é depoimento de parte, não podendo ser arrolados nem ouvidos como testemunhas, e, aqui, parte é a entidade mesma. Se há interesse da entidade a ser defendida, ou direito a ser exercido judicialmente, fora do processo, os membros é que têm de propor a ação. Os que

pretendem dilatar até aí a regra jurídica do art. 20, § 2ª, reconhecendo, nessa espécie, capacidade processual ativa à sociedade nãopersonificada, violam a lei. Nem o art. 20, § 2ª *(de iure* condendo, criticável), é tão desarrazoado que justifique o conselho de K. Hellwig *(Lehrbuch,* 1, 303 s.), no sentido de que os juizes não o vejam, ou pulem por sobre o que ele estatui (certo, A. Leist, *Vereinsherrschaft,* 36). A regra jurídica que se contém no art. 20, § 2ª, exprobra-se que teve por fito incentivar a personificação das sociedades e associações, e com isso se sacrificou a generalização mesma da personificação, sem outro proveito para a incidência da regra jurídica: o art. 20, § 2ª, generalizou a pena, sem se obter o fim a que a lei colimava. Não nos parece que o art. 20, § 2ª, não haja concorrido para se difundir a prática da personificação; nem há na medida do art. 20, § 2ª, a impraticabilidade que lhe atribuíam.

Quaisquer ações e medidas processuais podem ir contra a entidade não-personificada (ações ordinárias, especiais; medidas constritivas; interpelações, intimações, notificações, denúncias ocas e denúncias cheias, cominações; provocações *ad agendum,* que têm eficácia a favor do provocante, e conferem capacidade processual ativa à entidade, de modo que tanto o órgão quanto os componentes da entidade podem agir). Na posição de demandada ou de citada, notificada, ou intimada, a entidade é processualmente capaz, e o órgão, que funciona, funciona como órgão. Pretendeu-se que, uma vez demandada, não possa reconvir, nem embargar de terceiro; mas há, aí, confusão entre ação *em* defeso e *exer* cicio de ação. A entidade pode embargar como executada: defende-se *(obter* embargar de terceiro, porque, se bem que se trate de defesa, não é como citada que o faz); pode reconvir, porque, embora se trate de ação, foi provocada, e a lei permite a reconvenção no mesmo processo (F. Stein, *Die Zivilprozessordnung,* 1, 146, nota 78). Se foi demandada a entidade não-personificada, pode ela: reconvir; embargar de executado *(aliter* de terceiro); pedir decretação de nulidade, de anulação ou de resolução, condenação nas custas, aplicação das penas do art. 18 do Código de Processo Civil, alegar compensação; interpor recurso extraordinário ou especial, u.g.; propor ação rescisória, propor ação revocatória em processo de falência, ou anulatória em concurso de credores, em que foi incluída como credora, bem assim alegar, na falência, ineficácia relativa; pedir indenização por danos sofridos em virtude de medida constritiva, cautelar ou executiva, que foi concedida contra ela (O. von Gierke, *Vereine* ohne *Rechtsfãhigkeit,* 43; C. P. Wiedemann, *Beitróge,* 545; A. Nussbaum, Beitrãge, Sàchsisches *Archiv,* 10, 115 5.; K. Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 293 5.; C. Crome, System, 1, 264; O. Planck, Kommentar, 1, 124; sem razão, J. Kohler, *Lehrbuch,* 1, 408, e M.

Hachenburg, Das *BGB.* 478). O que é preciso é que tenha sido posta em posição de demandada a entidade e do processo lhe venha ensejo para defender-se, em sentido lato. O membro somente pode ir contra a entidade, considerando-a passivamente capaz, como parte (O. Warnever, Kommentar, 1, 86). Se, pendente a lide, se dissolve a entidade não-personificada continua até findar a liquidação, processualmente capaz, como demandada (E. Stein, Die *Zivilprozessordnung,* 1, 146, nota 78; sem razão, H. Rehbein, *Das Búrgerflche Gesetzbuch,* 1, 43). A actio *iudicati* dirige-se contra ela. No concurso de credores, ou na falência, a entidade naopersonificada, que é devedora, é tratada como processualmente capaz (E. Jáger, *Kommentor zur* Konkursordnun˚, II, 450).

9. *Incapacidade* processual ativa; exceções. A entidade não-personificada pode, no direito brasileiro, *(a)* ir a juízo ou postular perante as autoridades administrativas, se precisa ou se lhe é negada a autorização para se criar (e.g., art. 20, § 1º): não são só os componentes que têm legitimação ativa; tem-na a entidade não-personificada. A entidade não-personificada pode pedir *(b)* os registros: o órgão da entidade já aí funciona como órgão (Lei n˚

6.015 de 31 de dezembro de 1973, art. 120, II). São as duas exceções ao princípio do art. 20, § 2ª, de não ter capacidade processual ativa a entidade ainda não-personificada.

Quando o art. 20, § 2ª, tem de incidir, não se pode pleitear a favor da entidade se não há mais a totalidade dos componentes, isto é, se falta um deles (G. Planck, *Kommentar,* 1, 124; E. Endemann, *Lehrbuch,* 1, 8º-9º ed., 205, nota 19; E. Stein, Die *Ziviiprozessordriung,* 1, 144, nota 59; sem razão, K. Hellwig, *Lehrbuch,* 1, 305, *Anspruch und Klaqrecht,* 296, e E. Hálder, *Natúrliche und* juristische *Personen,* 278), salvo se a falta diminui o número de componentes sem que se dissolva a entidade. E inepta a petição que, ainda assinada por todos os componentes, ou por advogado ou procurador de todos eles, seja em nome da entidade não-personificada. Se, devidamente proposta a ação, se emprega, depois, o nome da entidade, não ocorre mudança de pedido, porém apenas incorreção de linguagem. Se a personificação ocorre pendente a lide, há sucessão processual: a entidade sucede aos componentes. Para as exceções *(a)* e *(b),* o órgão funciona como órgão da entidade a ser personificada, á semelhança do que se passa na espécie do art. 4º, 2ª parte. Para isso, o órgão não precisa do assentimento dos componentes da entidade; os próprios dissentintes

estão ligados ao ato da futura pessoa jurídica, ainda quando o poder do órgão decorra da deliberação da assembléia e essa se tenha realizado de acordo com o ato constitutivo ou os estatutos (C. Crome, System, 1, 264, nota 33). Algum ou alguns componentes não podem pleitear pela entidade (O. Warneyer, *Komrnentar,* 1, 86).

No art. 72,111, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, diz-se que o locador, acudindo a citação, pode alegar ter "proposta de terceiro, para a locação em condições melhores". No § 2ª, dão-se as regras jurídicas sobre a oferta do terceiro. Tratando-se de pessoa física, qualquer pessoa que não seja o locador, ou o locatário, é terceiro.

A respeito do locatário, se apresentou a sua oferta, nada obsta a que a pessoa jurídica de que faça parte apresente a sua. Tratando-se do locador, dá-se o mesmo. Se o locatário é pessoa jurídica, nenhum dos seus membros ou sócios, ou dirigentes, fica inibido de, como terceiro, oferecer-se como futuro locatário. Se o locador é pessoa jurídica, o membro ou sócio pode apresentar a sua oferta, como terceiro, que e.

O problema somente se cobre de certo interesse científico quando vem a balha a oferta apresentada pela sociedade, associação, ou fundação ainda não personificada. Então, tem-se de examinar a questão quanto á oferta da futura pessoa jurídica, de que faz parte, como membro, associado, sócio, ou dirigente, o locatário, e quanto à oferta da futura pessoa jurídica, de que faz parte, como membro, associado, sócio, ou dirigente, o locador.

A entidade ainda não-personificada já está, de certo modo, distinguida das pessoas dos seus membros, porque já há o patrimônio destinado a fim. O art. 20, § 2ª, exprime-o: As sociedades enumeradas no ari. 16, que, por falta de autorização, ou de registro, se não reputarem pessoas jurídicas, não poderão acionar a seus membros, nem a terceiros; mas estes poderão responsabilizá-las por todos os seus atos." Seria o mesmo, *a priori.*

Os atos das próprias entidades que ainda se não registraram são seus (art. 20, § 2ª, *verbis* „responsabilizá-las por seus atos *)*. Para as ações executivas é preciso que o titulo seja contra a entidade, o que bem mostra já estar o suporte fático da futura pessoa jurídica a discriminar patrimônios. Pode ser demandada, como pode ser alvo de pretensão ou de exceção. O patrimônio ainda pertence aos membros, mas já está

em comum, sujeito às regras do ato constitutivo, o que o diferencia dos patrimônios dos membros. Nenhum dos membros pode exigir a divisão, porque existe mais, a respeito do patrimônio, do que comunhão, existe o fim a que se destina. Ao patrimônio da entidade vai tudo que ela possa adquirir e não pressuponha ato da pessoa; tal como a posse, o crédito emanado de promessa ao público; e tem-se de interpretar que a instituição de herdeiros e o legado são feitos aos membros para que passem à pessoa jurídica, quando nascer, — construção que se impõe para qualquer negócio em que figurem os membros, vinculados à entidade a personificar-se (O. von Gierke, *Vereine ohne Rechtsfähigkeit,* 21; sem razão, Goldmann-Lilienthal, *Das búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 97).

Se, nos casos em que é permitida a contratação pela futura pessoa jurídica, essa funciona como terceiro, para afastar o locatário com direito à renovação, pode dar-se: a) que não tenha sido prevista a utilização do prédio no mesmo ramo do comércio ou indústria, e o locador responde ao locatário por essa utilização inesperada, com a solidariedade da pessoa jurídica, se obrou de má-fé; *b)* se o terceiro, cuja oferta fora apresentada, não se personificou, o locador e aqueles que têm de responder em vez da sociedade ou fundação não-personificada são obrigados a indenizar segundo o direito material, podendo o locatário, que foi afastado do processo, pedir judicialmente a volta, por ter cessado a eficácia da exceção de melhor locação; *c)* se foi previsto que o ramo do comércio ou indústria seria o mesmo, qualquer indenização já se compreende naquela de que fala a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, art. 75. Nas espécies acima referidas, quando não haja inconveniente para o autor da ação, pode essa dirigir-se contra a sociedade não-personificada, nos termos do art. 20, § 2ª, do Código Civil.

No direito brasileiro, o terceiro pode ser, como se vê, a própria entidade jurídica ainda não-personificada.

Se a oferta partiu de sociedade anônima ainda não-personificada, ainda que sejam subscritores os locadores, nem por isso deixa de ser oferta de terceiro. *E.g.,* o período pré-pessoal da sociedade anônima é caracterizado pela organização corporatíva do patrimônio, tendendo à constituição da sociedade e sua personificação. A constituição por ações pode ser por subscrição *totalmente* cheia, se todo o capital é realizado; ou *sucessiva,* se só parte dele (pelo menos dez por cento) o é. Até a deliberação unânime da assembléia dos subscritores, ou da assinatura da escritura, há apenas declarações de vontade paralelas,

todas vinculativas, se preencheram os requisitos legais; com a deliberação da assembléia dos subscritores, ou a assinatura da escritura pública, aquelas vontades perfazem o ato jurídico coletivo (O. von Gierke Die *GenossenschaJstheorie und die deutsche Rechtssprechung,* 128 5.; Karl Lehmann, *Recht der Aktiengesellschaften,* 1, 322 s.). E Consequência de se tratar de ato jurídico coletivo criativo que a decretação da nuiídade, ou a anulação por incapacidade do subscritor, absoluta ou relativa, ou por outra causa, somente atinge o ato constitutivo, se em assembléia geral ordinária se verifica a existência de um único acionista e o mínimo de dois não for reconstituido até à do ano seguinte, ressalvada a hipótese de subsidiária integral (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 251).

§ 84. Período pré-pessoal das sociedades anônimas

1.

Ato jurídico coletivo criativo. O período pré-pessoal das sociedades, quaisquer, pode ser caracterizado pela organização do patrimônio, *tendendo* à constituição da sociedade e sua personificação. A constituição por entradas pode ser por subscrição totalmente *cheia,* se todo o capital é realizado; ou *sucessiva,* se só parte dele (sem exigência de mínimo) o é. Até a deliberação unânime da assembléia dos componentes, ou da assinatura da escritura, há apenas declarações de vontade paralelas, todas vinculativas, se preencheram os requisitos legais; com a deliberação da assembléia dos componentes ou a assinatura da escritura pública, aquelas vontades perfazem o ato juridico coletivo.

Semelhantemente, quanto às sociedades anônimas, conforme antes já dissemos. A subscrição do capital, totalmente cheia ou sucessiva, é pressuposto necessário. Cada assinatura corresponde a uma declaração de vontade, suscetível de se lhe decretar nulidade ou anulabilidade. Tal desconstituição somente atinge o ato constitutivo se baixa de sete o número de subscritores.

Depois de personificada a sociedade, toda ação é de anulação, ainda se a causa entra no art. 145 do Código Civil.

Se, porém, há infração da lei pelo próprio ato jurídico coletivo criativo, a ação de anulação não é só das declarações paralelas, e a sentença favorável ao autor atinge a constituição e fundação da sociedade. Cabe a anulação por fraude, quer contra a subscrição, quer contra o ato coletivo, bem assim a anulação por simulação; são de admitirem-se as ações de vicio das declarações de vontade (violência, erro, dolo), de *per si.*

2. *Subscrição do capital.* No direito brasileiro das sociedades anônimas já a Lei nº 3.150, de 4 de novembro de 1882, exigia a subscrição de todo o capital, para que a sociedade se formasse (art. 32), depositada a décima parte dele (art. 32, § 22). No Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, art. 38, §§ lº e 22, puseram-se á evidência um e outro pressupostos da formação das sociedades anônimas. Do mesmo modo, na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 80, 1 e II. A subscrição pode ser *pública* ou *particular* (Lei nº 6.404, arts. 82 e 88).

(a) Se *particular,* tem de ser em deliberação de assembléia geral de subscritores, de que se faz ata, que todos têm de assinar, ou por escritura pública (Lei ne 6.404, art. 88). "Particular", no art. 88, significa sem ser por públicos proclamas, sem ser por *inuitotio* ao público. Se se adota a forma da assembléia geral, o projeto dos estatutos, em duplicata, é entregue à assembléia, assinado por todos os subscritores (art. 88, § 1º), ou representantes com poderes especiais. Se se adota a forma da escritura, os estatutos são insertos nela, que é subscrita por todos os subscritores (art. 88. § 2ª, *b),* ainda que representados com poderes especiais (art. 90). Quer na assembléia geral, quer na assinatura da escritura pública, a unanimidade é que rege. *(b)* Se é *pública* a subscrição, encerrada, ela, com a subscrição integral do capital e o depósito, há assembléia geral, para o ato coletivo *(Gesamtakt)* criativo, segundo o art. 86 da Lei nº 6.404. Nessa assembléia geral, que pode funcionar com metade, no mínimo, do capital social, ou, em Segunda convocação, com qualquer número de subscritores (art. 87), *discute-se* e *vota-se* o projeto de estatutos; mas a maioria não pode alterar o projeto de estatuto (art. 87, § 22, segunda regra jurídica). A assinatura dos subscritores no boletim de subscrição, antes de convocada a assembléia, faz-se como adesão às regras do prospecto e estatutos. Ou a sociedade se constitui tal como foi planejada, ou não se constitui. Na subscrição particular, para que se pudesse mudar o projeto de estatutos, seria preciso que *outros* estatutos fossem assinados por todos os subscritores e a assembléia criasse, assim, outra sociedade que a planejada, ou, se por escritura pública a constituição, bastaria que fossem insertos os novos estatutos,

pois a escritura há de ser assinada por todos os subscritores e os estatutos, aí, são parte formal do ato coletivo criativo. Projetar e constituir são conceitos inconfundíveis.

A lei (Lei nº 6.404), sempre que se refere à *entrada inicial,* fá-la pressuposto da subscrição, que se compõe do ato de subscrição e da entrada inicial. O suporte fático é ato de subscrição + entrada (Lei nº 6.404, art. 84: „0

prospecto deverá mencionar, com precisão e clareza, as bases da companhia e os motivos que justifiquem a expectativa de bom êxito do empreendimento, e em especial: IV - a importância da entrada a ser realizada no ato da subscrição"; art. 85: "No ato da subscrição das ações a serem realizadas em dinheiro, o subscritor pagará a entrada e assinará a lista ou o boletim individual *).* A subscrição da sociedade anônima só se perfaz com a entrada inicial: essa está *dentro* da subscrição, declaração unilateral de vontade; de modo que a co *leta decimal* é elemento necessário. A formação de décima parte do capital é indispensável. O ato de subscrever, sem entrega da décima parte do subscrito, em valor, é, em direito das sociedades por ações, puro fato; não entra no mundo jurídico: se há lista de subscritores, cuja soma de ações perfaz o capital C e um deles não entrou com a décima parte do que subscreveu, não está satisfeito o art. 80 da Lei nº 6.404, onde se diz que a constituição da companhia depende do cumprimento dos requisitos preliminares no suporte fático) pertinentes á subscrição pelo menos por duas pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto (art. 80, 1), a realização, como entrada, de lOVo (dez por cento), no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro (art.

80,11), e o depósito, no Banco do Brasil 5. A., ou em outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários, da parte do capital realizado em dinheiro (ari. 80, III). Para caracterizar que não há subscrição, juridicamente, sem a entrada inicial, o art. 85 da Lei nº 6.404 foi claro: "No ato da subscrição das ações a serem realizadas em dinheiro, o subscritor pagará a entrada e assinará a lista ou o boletim individual autenticados pela instituição autorizada a receber as entradas, qualificando-se pelo nome, nacionalidade, residência, estado civil, profissão e documento de identidade, ou, se pessoa jurídica, pela firma ou denominação, nacionalidade e sede, devendo especificar o número das ações subscritas, a sua espécie e classe, se houver mais de uma, e o total da entrada." "O termo *subscrito* não deve ser tomado no sentido restrito, em que é usualmente empregado, para significar a assinatura de ações.

Ele compreende não somente a subscrição propriamente dita do capital representado por ações, como a co-participação ao fundo social por meio de prestações consistentes em bens, coisas ou direitos, segundo se exprime no mc. II do art. 84. O que assim coopera para a formação do capital é *subscritor* e concorre para que se cumpra a exigência da lei" (Didimo Agapito da Veiga Júnior, As *Sociedades* anônimas, 119). O Visconde do Ouro Preto, na sessão do Senado de 24 de abril de 1882, queria a subscrição sem exigência de enchimento (= completamente vazia, semi-cheia, completamente cheia), à vontade dos incorporadores, invocando a liberdade de convenção (queria dizer: o *auto-regramento).* Mas, seguro do que sabia, Lafaiete Rodrigues Pereira, a 12 de maio de 1882, respondeu-lhe que o exigir-se a entrada inicial da décima parte de maneira alguma ofendia a liberdade de convenção: "O contrário é que podt. dar lugar a grande fraude, em prejuízo de terceiros, que entrem em relações com tais sociedades, e que contem com o capital anunciado nos estatutos E prejuízo dos próprios subscrítores, que podem crer na entrada dos outros.

O momento em que se conclui o negócio jurídico da subscrição de ações é aquele em que, paga a entrada inicial, a pessoa subscreve o boletim, ou remete a carta de que fala o art. 85, parágrafo único, da Lei nº 6.404. Não basta o ato de subscrição, nem basta a entrada inicial, porque — no sistema jurídico brasileiro — a subscrição é ato cujo suporte fático tem duplo elemento (subscrição, no sentido estrito, e entrada inicial). Ato de subscrição, sozinho, não vincula, porque a *ratio leqis* para a dualidade de elementos está na política legislativa contra as subscrições *vazias* (= sem entrada inicial) ou insuficientemente *cheias* (= com entrada inferior ao que o legislador reputa mínimo, para segurança dos interesses de terceiros e dos próprios subscritores, e.g., dez por cento, Lei nº

6.404, art. 80, II). Devido a só entrar no mundo jurídico a subscrição com entrada inicial, — nem o subscrever o, boletim, ou remeter a carta a que se refere o art. 85, parágrafo único, vincula, nem, *a fortiori,* cria direito a prestar-se a entrada inicial; nem tem outro efeito. A subscrição não se completou. O suporte fático da subscrição, no direito brasileiro, é composto do ato de subscrever (assinar por baixo, aderindo aos escritos, prospecto e projeto de estatutos) e da entrada inicial. O art. 80, II, da Lei nº 6.404 é *tus coqens.* Não se pode separar o tempo da subscrição e o tempo da entrada inicial; porque exatamente essa separação foi o que o art. 80, II, teve por fito vedar. E verdade que se pretendeu encobrir a falta do elemento do suporte fático, fazendo-se entrada inicial a taxa de subscrição, mas haveria nisso f *raus legis.*

3. *Subscrição pública de ações.* A primeira lei sobre subscrição pública de ações das sociedades anônimas foi o Decreto nº 1.362, de 14 de fevereiro de 1891, de que provieram os arts. 52ª72 do Decreto nº 434, de 4 de julho de 1891; mais minuciosos, o Decreto-Lei nº 2.627, arts. 40-44, e a Lei nº 6.404, arts. 82-87, com o fito de melhor acautelarem-se terceiros e subscrítores. Com a subscrição, o cuívís *ex populo* vincula-se; a declaração unilateral de vontade é irrevogável, salvo pelo ato coletivo extíntivo que se vê no art. 87, § 32, da Lei nº 6.404.

Na *subscrição pública de ações* das sociedades anônimas, há a considerar-se a) o estudo de viabilidade econômica e financeira do empreendimento, *b)* o lançamento do projeto e prospecto de estatutos, que são o plano de constituição, para que declarações de vontade paralelas se tornem, com a assembléia geral dos subscritores, uma só *declaração* (ato coletivo), e essa crie a sociedade anônima e *c)* o patrimônio coletado *(Sammeluermõgen),* que tem de ser, pelo menos, na décima parte.

Os sistemas juridicos não são acordes no determinarem quais os elementos do suporte tático da *subscrição: a)* se basta assinar; *b)* se é preciso que se assine e que se preste, *desde logo,* todo o importe subscrito (constituição totalmente cheia); *c)* se basta qualquer importe subscrito; *d)* se basta a fração mínima de subscrito. O direito brasileiro adotou a última solução, valendo-se da fixação de décima parte do capital subscrito.

4.

Deliberações por unanimidade. Durante a formação da sociedade anônima, todas as deliberações são por unanimidade, exceto: A) para a *desaprovação* da avaliação, solução com que a lei prestigia a avaliação (comunicação de conhecimento) dos peritos; B) para a não-constituição (mais da metade) do capital subscrito (art. 87, § 32, 1ª parte); C) para a eleição dos administradores e fiscais (maioria dos presentes) e demais atos de início da vida administrativa, *de acordo com o prospecto e os estatutos.* Esse é ponto extremamente importante.

O principio de unanimidade rege para todas as proposições contidas nos estatutos (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 87, § 22, 2ª parte: “a maioria não tem poder para alterar o projeto de

estatuto"). O que é relativo à união *corporativa,* que há no ato constitutivo da sociedade por ações, não pode ser subordinado ao princípio majoritário. O que assina o boletim de subscrição pública, se satisfaz os requisitos para ter seu lugar no ato constitutivo, não pode ser lesado em seus direitos, nascidos segundo o prospecto e o projeto de estatutos, nem ter mais deveres, se não se despoja ele mesmo, no ato constitutivo, daqueles, ou não assume esses, com o assentimento de todos. Há, ainda, a observar-se que os direitos dos subscritores, se *específicos gerais* (= para todos igualmente), somente pela unanimidade podem ser modificados ou excluídos, e os *específicos preferentes* com o assentimento dos seus titulares.

Os prospectos das subscrições públicas não são suscetiveis de alteração; o projeto de estatutos não o pode ser por maioria: a não-comparência dos subscritores não pode ser tida como votos a favor, porque não se lhes pode atribuir declaração de vontade silente, mesmo porque não foram convocados. O quórum a que se refere o art. 87

da Lei nº 6.404 é dos subscritores, e não dos comparecentes; para que possa ser dos comparecentes é preciso que se tenham os demais subscritores como *assentintes,* o que não se dá quando se trata de alteração de projeto de estatutos. Por tanto, alteração de projeto de estatutos, quando se não convocou para isso, somente pode ser por unanimidade dos subscritores (cf. Trajano de M. Valverde, *Sociedade por* ações, 231: "Só, pois, por unanimidade, isto é, pelo voto de todos os subscritores do capital social, será possível qualquer alteração, reforma ou inovação do projeto dos estatutos"). Quanto ao prospecto, nada se lhe pode alterar, pois, dirigido ao público, qualquer efeito somente poderia ser *ex nunc* (cp. Código Civil, art. 1.514); *outra* seria a sociedade a constituir-se, e não mais a primeira, tendo os subscritores *anteriores* a pretensão à restituição da entrada inicial e de quaisquer quantias pagas para despesas. Se o novo prospecto entende que esses subscritores podem continuar com os seus direitos e deveres, isso somente se dá se advém *ratificação* por esses, à semelhança da ratificação do art. 1.343

do Código Civil: a proposição do novo prospecto apenas cria aos subscritores anteriores direito formativo gerador *(begründendes Gestaltungsrecht)*.

Quando os interessados, *ex populo,* subscrevem e prestam primeira entrada, dita entrada inicial *(uno actu),* fazem conteúdo das suas

declarações unilaterais de vontade paralelas o prospecto e o projeto de estatutos. A técnica legislativa poderia (a) tratar esse período como de preparação, *punctação* (diz-se), pré-juridico, de modo que nenhuma vinculação, surgisse (vinculação é efeito, e sem a entrada do suporte fático no mundo jurídico não há efeitos), ou *(b)* considerar vinculativas as declarações unílateraís de vontade paralelas, de modo que essa vinculação seria o efeito dos negócios juridicos, que surgiram delas, sem qualquer revogação possível, ou *(c)* considerar vinculativas, sim, mas suscetíveis de revogação por ato coletivo contrário (= menos da metade a favor da constituição — mais da metade a favor da não-constituição = 0; Lei no 6.404, art. 87, § 32: "não havendo oposição de subscritores que representem mais da metade do capital social"). Rege, quanto à constituição e personificação da sociedade anônima, o *princípio da unanimidade.* Prospectos não se alteram; se se lhes faz alteração, de outros prospectos é que se trata, portanto de outra sociedade. Para se alterarem os estatutos, é preciso que se acordem (ato coletivo modificativo) *todos* os subscritores, e não só todos os presentes ou a maioria daqueles, ou desses. Para a não-constituição da sociedade por ações é que se permite a revogação das declarações unilaterais de vontade por mais da metade dos subscritores.

5. *Patrimônio especial.* O patrimônio composto por *subscrição* em todo o público, ou em menor círculo, para determinado fim (socorros a vítimas de seca, inundações desastres ou incêndios; ereção de monumento, ou abertura de estrada, ou rua; presentes, celebrações, ou festas, formação de fundos de sociedades beneficentes), é, ordinariamente, *patrimônio especial,* fiduciário, do que ou dos que coletam, com a particularidade de estar incólume à execução pelos credores do coletor, ou coletores, e ao concurso de credores. Tratando-se de sociedades anônimas, o importe das subscrições continua pertencente aos subscritores, por partes ideais, quanto ao que é fungivel, e por partes concretas, quanto às coisas certas. Somente quando se dá a assembléia geral dos subscritores, ou se faz a escritura pública, é que os bens se transmitem à entidade, que se há de *registrar,* para que se possa operar a transmissão dos bens imóveis, com o registro público da empresa mercantil. O principio de *unanimidade* não vai até aí: se a assembléia geral dos subscritores, instalada em primeira convocação com a presença dos que representem metade, pelo menos, do capital social, ou em segunda convocação com qualquer número (sendo que o interessado não tem voto, art. 115, § lo), não aprova a avaliação, o projeto de constituição da companhia e""~ sem efeito" (Lei nº 6.404, art. 8º, § 3º); quer dizer: falta um subscritor do capital; e o projeto é *ineficaz,* não entra no mundo

jurídico para que se possa constituir a sociedade.

6. Promessa de subscrição. Pode-se prometer a subscrição; é negócio jurídico com alguém, ou promessa unilateral de subscrever Não é *subscrição.* Pode ser-lhe decretada a nulidade, a anulação, ou a resolução, nos mesmos casos em que se decretaria a nulidade, a anulação, ou a resolução de qualquer outro negócio jurídico. A subscrição não permite condição ou reserva.

§ 85. Direito à personalidade?

1.

Pessoa e direito à personificação. O direito, como poder para satisfação de interesses, pressupõe o titular, o sujeito de direito. Quem *pode* ser sujeito de direito diz-se *pessoa.* Tal proposição pode não estar no sistema jurídico, mas claramente a formula o sistema lógico que contemple o sistema juridico. Pode, em todo o caso, ser inserta nesse, e já a composição do suporte fático suficiente à personalização, com a incidência da regra, entra no mundo jurídico como fato jurídico, de que irradiam efeitos jurídicos. O *pode,* fático, que se enuncia no sistema acima, juridiciza-se no sistema jurídico em que a proposição se inseriu. Essas considerações preliminares previamente criticam afirmações categóricas como: "A personalidade não é direito subjetivo, e sim qualidade jurídica". Tal proposição depende da inserção, ou nãoinserção da regra sobre personalidade no sistema jurídico: se não foi inserta, não há direito subjetivo **à** personalidade; se o foi, há direito subjetivo; se o ramo do direito em que se inseriu foi o direito constitucional rígido, então há óbice à lei ordinária nova.

2. *Qualidades e direitos.* Certamente, de ordinário, não é direito o ser maior, ou são de mente, ou ser casado, ou ser solteiro. Trata-se de elementos que entram em suportes fáticos como qualidades do homem. A capacidade negocial ou contratual, a capacidade testamentária *e* as outras são elementos necessários, inatingíveis, por sua vez, pelos negócios jurídicos, por sua essencial inegociabílídade. O problema não é tão simples quando se passa à capacidade de direito, porque, aí, está elemento do suporte fático da personalidade e se pergunta se a personalidade é direito se há direito subjetivo à

personalidade; se há direito subjetivo a ser pessoa). O problema merece discussão. Toda personificação, ainda a dos homens, é efeito da incidência de alguma regra jurídica R

que diga ser sujeito de direito, em dadas circunstâncias, *alguém.* Há o suporte fático (em que estão essas circunstâncias e alguém) e a incidência da regra. A entrada desse ser como sujeito de *direito* já é efeito; a atribuição de personalidade resulta de se ver, por cima do sistema jurídico de que faz parte a regra jurídica R. que esse ser é pessoa. Quando se diz que a capacidade de direito, a personalidade, não é direito, mal se percebe que com isso se alude a ser o *efeito* visto de outro sistema. Tudo isso serviria à teoria que nega qualquer direito subjetivo á personalidade se razões históricas não houvessem inserto no sistema jurídico proposições que teriam de estar no sistema por cima. Quando se aboliu a escravidão e quando se inseríram nas Constituições regras jurídicas que asseguram a capacidade de direito a todos os homens e nas leis a tutela das entidades exsurgidas, claro é que se estabeleceu direito à capacidade de direito e, pois, a ser pessoa. Se a proposição do sistema acima do sistema jurídico passa a pertencer, também, ao sistema jurídico, o fato jurídico da personificação irradia efeitos jurídicos (direitos, pretensões, ações, exceções). Todo ser humano, desde que nasce, é pessoa. Negar-lho é ferir direito; o ser humano, que nasceu, pode exigir, pode acionar, pode excepcionar , alegando ser pessoa (= ter direito a ser pessoa = ser contrário a direito negar-lho). As teorias que negaram o direito à personalidade ou provieram de exposição demasiado dedutiva do sistema jurídico (prescindindo dos dados históricos; *e.g.,* L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 233 s., A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1, 161, 379 e 455, nota 1), ou de excessiva consideração do histórico remoto (E Regelsberger, *Pandekten,* 191; cp. em sentido oposto, E Savigny, *Systern,* VIII, 415, e E. Windscheid. *Lehrbuch,* 1, 9º ed., 133). De qualquer modo, ignoram tais teorias a *descida* da proposição, que estava no sistema acima e passou a pertencer ao sistema jurídico, às vezes com rigidez constitucional. Ora, se a lei ordinária não pode alterar a personalidade, é evidente que existe direito público (constitucional) à personalidade. Por onde se vê que os tratadistas de direito intertemporal que negavam, *a posteriori,* direitos adquiridos à personalidade, podiam estar certos, quanto ao sistema jurídico de que se tratava; mas erravam quando induziam proposição geral aos sistemas, ou quando transformavam em proposição *a priori* a proposição particular ao sistema jurídico examinado. Alguns autores foram vítimas da tratação conjunta da capacidade de direito e da capacidade civil (e.g., **II.** Unger, System, 1, 5º ed., 131; L. Pfaff e E. Hoffmann, *Kommentar,* 1, 149 s.). Aliás, a inserção da regra jurídica

sobre capacidade eleitoral ativa nas Constituições estabelece direito subjetivo (o que demonstra existir *ius quaesitum),* para se ter como contrária à Constituição de 1988 (arts. 14, § 1º, e 15) a lei nova que retire a capacidade eleitoral ativa. Temos, pois, que a personalidade é somente qualidade jurídica, se a regra sobre ela apenas pertence, como enunciado do fato, ao sistema *acima* do sistema jurídico, ao sistema que contempla a esse; se a proposição foi inserta, também, no sistema jurídico, há direito subjetivo á personalidade, ou, em se tratando de pessoas jurídicas, à personificação (discutir-se-á depois sobre quem é o titular desse direito) e direito adquirido, se a proposição foi inserta em ramo rígido (constitucional) do direito.

3.

Personificação fato posterior. Outra questão é a do direito à personificação. Inata no homem a personalidade, a personificação das sociedades e das fundações é posterior à sua constituição. Isso não exclui certas analogias entre o nascituro e a futura pessoa jurídica, na fase pré-personificação. Tem-se de saber se há direito *à* personalidade, *antes* da personificação, e quem é o titular desse direito. As teorias radicais logo respondem que não há direito à personalidade, ainda depois da personificação *(e.g.,* A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* 1, 455). Verdade é, porém, que os códigos inserem regras jurídicas sobre a aquisição da personalidade jurídica; e a satisfação delas cria o fato jurídico da personalidade. O ato, que negue a personalidade de alguma sociedade ou fundação, pode dar ensejo à ação declaratória positiva. Tanto ressalta que há relação jurídica. Por outro lado, qualquer pessoa pode ter interesse em que se declare que a pessoa jurídica tem, ou não tem, certa capacidade de direito (cf. Constituição de 1988, arts. 176, § lª, 178, parágrafo único, e 222).

O ser humano, *conceptus sed non natus,* já vive, embora fora da sociedade humana. A pessoa jurídica em formação, antes, pois, de ser pessoa jurídica, — de certo modo vive, na sociedade humana, porém é a regra jurídica sobre personificação que lhe dá a personalidade. Exatamente porque ela já está na vida social éque precisam distinguir das que ainda não estão personificadas as já personificadas. A teoria da "réalité juridique" das pessoas jurídicas (L. Michoud, *La Théorie de Ia Personnalité morale,* 1, 99 5.; R. Saleilles, *De Ia Personnalité juridique,* 517 s.) levaria a dispensar-se a intervenção do Estado na técnica da personificação; e isso faria a simultaneidade da constituição e da

personalidade (R. Saleilles, 626s.). O concurso de vontades, como suporte fático, prescindiria do registro, ou de qualquer outra formalidade inicial da personificação. Não há dúvida que se poderia conceber essa personificação *ipso iure;* não é isso, porém, o que se passa nos diferentes sistemas jurídicos: criar-se e personificar-se são momentos diferentes. No direito francês, a solução não é destoante dos outros sistemas jurídicos (cf. Lei francesa de 1º de julho de 1901, arts. 2 e 5, e Decreto francês de 16 de agosto de 1901, para as associações; Lei francesa de 24 de julho de 1867, arts. 55-58, para as sociedades comerciais e as sociedades anônimas, Decreto francês de 31 de agosto de 1937; Reg. francês de 3 de abril de 1886, para as fundações); portanto a teoria não teve conseqüências práticas.

Assente que a personalidade depende de registro (Código Civil brasileiro, art. 18), interessa saber-se qual a situação das entidades personificáveis antes da personificação (fase pré-personificação ou período constitutivo).

Há, primeiro, a declaração *de vontade dos membros fundadores;* depois, a apresentação dos estatutos,

"compromissos" ou contrato; finalmente a *inscrição* (Lei n0 6.015, arts. 121, 114-120). a) Diz o art. 114 da Lei nº

6.015: "No Registro Civil das Pessoas Jurídicas serão inscritos:

1. os contratos, os atos constitutivos, o estatuto ou compromisso das sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas, ou literárias, bem como das fundações e das associações de utilidade pública; II. as sociedades civis que revestirem as formas estabelecidas nas leis comerciais, salvo as anônimas; III. Os atos constitutivos e os estatutos dos partidos políticos." Claro que a lei abarca os jornais, periódicos e oficinas impressoras, cujas sociedades se tenham de personificar, além das empresas de radiodifusão e agências de notícias a que se refere a Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 *b)* Segundo o que a Lei n0 6.015 estatui no art. 122, também se matriculam os jornais e demais publicações periódicas; as oficinas impressoras de qualquer natureza, pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas; as empresas de radiodifusão que mantenham serviços de noticias, reportagens, comentários, debates e entrevistas; as empresas que tenham por objeto o agenciamento de notícias.

A matrícula só tem o efeito de personificação se se trata de sociedade, associação ou fundação. É obrigatória. Sua falta é punida com multa e

implica, a exemplo do que ocorre com a matrícula de que não constem os nomes e as qualificações do diretor ou redator e do proprietário, clandestinidade do jornal ou publicação periódica.

A pessoa jurídica *nasce,* de ordinário, com o registro: "Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado", diz o art. 18, "com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando preciso.")

"Ou" aí está por "e". Melhor ressalta no art. 119 e parágrafo único da Lei nº 6.015: "A existência legal das pessoas jurídicas só começa com o registro de seus atos constitutivos"; "Quando o funcionamento da sociedade depender de aprovação da autoridade sem esta não poderá ser feito o registro." O ato constitutivo e a apresentação ao oficial são os dois primeiros momentos, ambos no período de pré-

personificação.

Os titulares de qualquer direito, pretensão, ação ou exceção, tendentes à personificação, durante esse período, são os figurantes do ato constitutivo ("contratos, atos constitutivos, estatutos, ou compromissos", art. 114, 1), e não a sociedade, associação ou fundação; se, para a organização da fundação, foram designadas algumas pessoas, ou pessoa, o titular de qualquer direito, pretensão, ação, ou exceção, tendente à personificação, é quem foi designado.

§ 86. Ato constitutivo

1.

Conceito. Em sentido largo, *ato constitutivo* (ou *institutivo)* é todo ato dos que constituem (ou instituem) a pessoa jurídica in *fie ri.* O ato constitutivo não se refere à pessoa jurídica; refere-se à entidade que vai ser personificada. Em sentido estrito, mas impróprio, ato constitutivo é o ato que constitui, porém não entra na classe dos "contratos", "estatutos" ou "compromissos". Se a lei, que cria a sociedade, ou associação, ou fundação, dispensa-lhe o registro para o efeito personificativo, tudo se passa instantaneamente: à data que se marca na lei, a pessoa jurídica é, sem o período constitutivo. Se a lei

não lho dispensa, a lei ou contêm o ato constitutivo, ou o deixa à atividade posterior de pessoas indicadas, ou a serem indicadas. Nas duas espécies, há necessidade da personificação pelo registro, sem necessidade da prévia publicação, a que se referia o art. 129 do Decreto nº

4.857. Se a pessoa jurídica não provém de lei, pode dar-se que a lei exija autorização *estatal.* No art. 20, § 1º, do Código Civil estatui-se (1º e 2e alíneas): "Não se poderão constituir, sem prévia autorização, as sociedades, as agências ou os estabelecimentos de seguros, montepio e caixas econômicas, salvo as cooperativas e os sindicatos profissionais e agrícolas, legalmente organizados. Se tiverem de funcionar no Distrito Federal, ou em mais de um Estado, ou em territórios não constituídos em Estados, a autorização será do Governo Federal; se em um só Estado, do Governo deste." Nessa diretriz, a regra jurídica do Decreto-Lei nº 4.684, de 12 de setembro de 1942, segundo a qual "sem prévia autorização do Ministro da Justiça e Negócios Interiores, e sob as penas das leis em vigor, não poderá ser organizada ou fundada nenhuma entidade de pessoas naturais ou jurídicas, de fins assistenciais, filantrópicos, cívicos, destinada a coordenar ou agremiar quaisquer atividades ou pessoas, invocando como objetivo os interesses da defesa nacional, sob qualquer dos seus aspectos. Outrossim, as associações idênticas ..., organizadas ou fundadas após o Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942, só poderão continuar a funcionar depois de obtida a autorização."

O ato constitutivo tem de ser por escrito, conter as regras fundamentais da organização, o nome e o domicílio, e especificar o fim, ou fins, e observar as regras jurídicas peculiares a cada espécie de suporte fático da pessoa jurídica.

A *autorização estatal* e a *aprovação de Estatutos* não se confundem. As fundações precisam da última, que é dada pela autoridade competente, segundo a lei local (estadual, territorial), com recurso para a justiça.

2. *Autorização ou* aprovação *estatal.* Se a pessoa jurídica só se pode constituir com autorização estatal prévia ou aprovação estatal, o ato de autorização ou de aprovação é de direito público. O ato pode ser para uma só, ou para algumas, porém não, in *abstracto,* a entidades presentes e futuras que satisfaçam certos requisitos. Só a lei poderia dizê-lo, e estaria dispensada a exigência da autorização estatal, que é

ato administrativo. Se existe, na espécie, direito à autorização (pretensão de direito público a obtê-la), ou à aprovação, depende da lei: a) se a lei enumerou os requisitos, não deixando ao livre critério da autoridade a apuração de merecê-la, há direito à autorização estatal, ou à aprovação, satisfeitos os requisitos ; *b)* se a lei deu margem a esse critério, não há direito à autorização ou à aprovação e o ato é discricionário; *c)* na hipótese *b),* a parte não-discricionária é suscetível de exame judicial (Constituição de 1988, art. 59, XXXV). Se há, pode a autoridade exigir regras jurídicas estatutárias (G. Planck, Kommentar, 1, 63); porém não se entende válida a reserva de revogabilidade da autorização, ou aprovação, porque seria fraude à lei, isto é, ao art. 5º, XIX, da Constituição de 1988.

Se a autorização ou aprovação é dada à entidade que por outra razão não podia ser registrada, não se torna válido só por isso o registro, ou o ato jurídico de constituição. De regra, a autorização ou aprovação que *não podia* ser deferida pode ser revogada *antes* do registro, respondendo o Estado aos terceiros de boa-fé. Após o registro, não, devido ao art.5º XVII, da Constituição de 1988.

3. *Natureza do ato constitutivo.* Discute-se sobre a natureza do *ato constitutivo,* que é sempre declaração de vontade, pluripessoal ou, excepcionalmente, unipessoal (fundação, sociedade ou associação criada por lei). O.

von Gíerke *(Deu tsches Privatrecht,* 1, § 33, nota 2) excluia dos negócios jurídicos o ato constitutivo social: se cria sujeito de direito, não cria relações jurídicas; portanto não seria negócio jurídico. Tal raciocínio põe o efeito como determinante da natureza do ato jurídico, o que de modo nenhum se poderia admitir. Lá estão no suporte fático os elementos próprios do *negotium,* de modo que a entrada no mundo jurídico o faz negócio jurídico. Tudo se passa como a respeito da instituição de fundação, em que o suporte fático pode ser de declaração unilateral de vontade, não-receptícia. Ou seja bilateral, ou plurilateral, ou unilateral, o ato constitutivo é negócio jurídico; ainda quando inserto em lei (regra jurídica criativa de pessoa jurídica), *e.g.,* elevação de parte de Território à categoria de Estado Federado, criação de Instituto personificável ou personificado. O que se havia de criticar era a conceituação do ato constitutivo como *contrato:* o contrato pode contê-lo, — ele, porém, não é contrato; o que dele se irradia não são créditos e débitos, ou pretensões e obrigações, e sim a criação do sujeito de direito e de relações de participação social (cf. E

Regelsberger, *Pandekten,* 1, 305 s.). Negócio jurídico, porém não contrato; ato jurídico coletivo *(Gesamtakt),* criativo, tal como a denúncia pelos que arrendaram, em comum, a coisa, ou contrataram, em comum, o serviço ou obra. Se se trata de fundação e o instituidor é um só, há negócio jurídico fundacional unilateral; se há dois ou mais, ato fundacional coletivo. Em todo contrato de sociedade que se vai personificar, há o ato coletivo criativo de entidade, que se insere no contrato, porém que não é contrato (senso estrito). Há acordo *(ad-cord-,* de *cor,* coração), sem haver *contrato (com, tractare,* do latim popular). As associações, sociedades e fundações criadas por dois ou mais instituidores são por ato coletivo criativo; as fundações criadas por um só instituidor são por ato unilateral criativo (fundacional) não-receptício. Ainda admitem que o ato constitutivo seja contrato G. Planck *(Kommentar,* 1, 4º ed., 70), L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 32ª-34º ed., 279, nota 2) e A. von Tuhr *(Der A)lqemeine Teil,* 1, 479). Mas o engano desses juristas está em não separarem, no contrato de sociedade, o que constitui o suporte fático da pessoa jurídica. A questão não é sem interesse prático.

Se o ato constitutivo fosse contrato, o descobrir-se que um dos declarantes, inclusive o subscritor de ações de sociedade anônima , estava incapaz ao tomar parte na constituição, expõe o ato constitutivo à decretação de nulidade, ou à anulação: o art. 153, 1ª parte, não salvaria o ato constitutivo. Idem, em caso de vícios de vontade.

A unidade volitiva, que há no ato coletivo, permite que se abstraia da relação entre os figurantes (A, B) e o figurante (C) incapaz ou vitima do vicio de vontade (AC, BC) e se apure se, a despeito de tal exclusão, a entidade constituída existe. Também o mesmo se há de entender a propósito de falta de poderes. Se o ato coletivo é autorizativo, a incapacidade, o vicio de vontade ou a falta de poderes, que não desfaça o mínimo, é inoperante.

Seria bem difícil sustentar-se esse resultado, se se desse às deliberações (por maioria ou outro mínimo) o caráter de contrato. A natureza do ato coletivo é que explica poderem os figurantes tratar, desde logo, a entidade como pólo ativo de relações de crédito, com todos, algum, ou alguns dos figurantes, sem se pensar em relações entre eles a favor da pessoa jurídica futura. Não se trata de contrato a favor de terceiro, mas de contrato com a pessoa jurídica in *feri* (K. Hellwig, Die *Vertràge auf Leistung an Dritte,* 252 s.), tal como se, em vez disso, se faz da pessoa jurídica in *fieri* pólo passivo de relações de crédito. O contrato, por *pós-eficacização,* entra, *ipso iure,* com a inscrição, a irradiar efeitos.

O ato constitutivo não dá capacidade jurídica; só a inscrição a dá. Entre o ato constitutivo e a inscrição, há associação, ou sociedade, ou fundação, — não há a pessoa jurídica. Durante esse tempo, há órgãos, inclusive o que é encarregado de promover a inscrição; a impossibilidade da inscrição só opera como condição resolutiva se os figurantes conceberam a associação, ou a sociedade, como pessoa jurídica, afastando qualquer hipótese de funcionar sem personificação.

Quando se contrata sociedade, há no contrato, explícito ou implícito, o *ato coletivo* criador da pessoa jurídica, assim como nos negócios jurídicos de compra-e-venda e outros se insere o *acordo* de transmissão, que é *plus.*

Aquele acordo que resulta de ato coletivo não é contrato, está no contrato, formalmente. Discute-se a quem se dirigem as declarações de vontade constitutivas da pessoa jurídica in *fini:* se ao oficial do registro

(K. Hellwig, *Die Verträge auf Leistung an Dritte,* 252), o que é inadmissível, porque o ato constitutivo já está feito quando se leva a registro (Lei nº 6.015, arts. 121, 114-120) e não se há de exigir que se tenha o ato como ato contínuo até a apresentação ao oficial; se ao público, como queria H. Staub, por se tratar de declarações em ato coletivo, nãoreceptício. Não-recepticio o ato, seja; as declarações entre si são convergentes, fundidas na extremidade, portanto *mais* do que recebidas.

4. Caracterização. Caracteriza toda pessoa jurídica: a) que se destine a algum fim algum patrimônio, *b)* que se ultrapasse a esfera jurídica do ser humano e c) que, portanto, o sujeito de direito não seja o homem-indivíduo. E

certo, porém, que se precisa desse, para a administração e a função de órgão, — o que não extrema, como se tem pretendido, as pessoas físicas e as jurídicas, pois também pessoas físicas precisam, por vezes, de quem lhes administre os bens, e ser representadas. A personalidade jurídica é, rigorosamente, outro aspecto da capacidade de direito, da capacidade de ter patrimônio, conceito que surgiu de contemplação do sistema jurídico. Se as pessoas jurídicas podem invocar direito à honra, para pedir indenização ou promover o processo penal, é questão que se não responde a *priori;* dependendo direito positivo, civil e penal. E assente que pode ter direitos de autor, de patentes de invenção, marcas de indústria e de comércio, e fazer parte de assembléias de credores; mas nega-se que possam ser responsabilizadas críminalmente, exceto no plano do direito das gentes. A Constituição e as leis ordinárias de direito público é que regem as relações de direito público em que figuram as pessoas jurídicas de direito privado. A diferença entre pessoas jurídicas de fins econômicos e pessoas jurídicas de fins não-económicos é de relevância prática e o conceito de fim econômico é o de conclusão reiterada, permanente, de negócios jurídicos onerosos com terceiros. Se só acidental, ou esporadicamente, tal conclusão ocorre, não se trata de fim econômico. Por outro lado, é de mister que os negócios jurídicos onerosos sejam com terceiros (C. 9.

Wiedemann, *Beitràge zur Lebre von den idealen Vereinen,* 261 s.), salvo se os negócios jurídicos menores com os próprios sócios são empréstimos, ou seguros, ou negócios de cooperativa de produção, ou de consumo. Não é essencial que os lucros sejam para os sócios (Christian Meurer, *Die juristischen Personen,* 227). Se há fins econômicos e fins não-econômicos, decide o principal (O. von Gierke,

Vereine obne *Recbtsfàhigkeit,* 6; sem razão, H. Oppenheimer, Die beiden Vereinsklassen, f *Jherings jahrbúcher,* 47, 172 s.).

De regra, para se constituir sociedade, ou associação, bastam duas pessoas. A exigência de mais pessoas somente pode resultar de regra legal, tal como acontecia com as sociedades por ações (Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, arts. 38, 1º e 137, *d).* Houve juristas que pensaram ou em ser infixado, ou em ser de três o número mínimo, mas sem razão *(e.q.,* M. Schwabe, *Das Recbtsqebilde ais* Person, 32; C. P. Wiedemann, *Beitróqe,* 339 s, e 350 5.; H. Rehbeín, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 41). No direito brasileiro, não é de exigir-se a ata de constituição; o ato constitutivo pode ser em contrato, ou acordo, ou em estatutos. Isso não exclui que se conceitue como ato coletivo o acordo constitutivo (O. Cierke, *Das Wesen der menschlichen Verbànde,* 28; C.

P. Wíedemann, *Beitrdge,* 346): o ato constitutivo não é o contrato em que ele está. Para que a entidade adquira a capacidade jurídica, *basta* que desde a criação se haja pensado em fazê-la pessoa jurídica, ou que tal propósito sobrevenha.

Se no ato constitutivo tomou parte incapaz, para ele é ineficaz, mas há de ser, antes, decretada a anulação no que concerne a ele; inclusive se houve, apenas, a falta de assistência do representante. Dá-se o mesmo se foi parte quem precisava do assentamento de outrem, sem ser incapaz. O art. 155 pode ser invocado. Para os outros figurantes, o ato constitutivo torna-se eficaz.

Ê sempre de relevância para a teoria geral do direito prestar-se a atenção a essa particularidade dos atos coletivos, criativos, ou autorizativos. O mesmo raciocínio cabe quanto aos vícios de vontade. Salvo se, com isso, se prejudicou a exigência de número mínimo de figurantes, ou se a falta atinge a continuabilidade da criação. Se a entidade precisa de autorização estatal, e essa não é dada, — com a eficácia definitiva da denegação, tem-se como impossível o objeto do ato constitutivo, salvo se, permitindo-o a lei, pelas circunstâncias, ou por efeito de cláusula explícita ou implícita, é de entender-se que satisfaria o fim do ato constitutivo a entidade não personificada (Múlier, Die rechtliche Natur anzutragender Vereine, *Deutsche Juristen-Zeitung,* X, 809).

5.

Indicações necessárias do ato constitutivo. São indicações do ato constitutivo: *a)* a denominação, o fundo social, quando houver, os fins e a sede da associação ou fundação, bem como o tempo de sua duração; *b)* o modo por que se administra e representa a sociedade, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente; c) se o estatuto, o contrato ou o compromisso é reformável, no tocante à administração, e de que modo; *d)* se os membros respondem ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais; *e)* as condições de extinção da pessoa jurídica e nesse caso o destino do seu patrimônio; fl os nomes dos fundadores ou instituidores e dos membros da diretoria, provisória ou definitiva, como indicação da nacionalidade, estado civil e profissão de cada um, bem como o nome e residência do apresentante dos exemplares; g) o destino do patrimônio, se de fins econômicos (o art. 22 é dispositivo e só se refere às associações de intuitos não-econômicos), ou se de fins econômicos (art. 23).

Basta lerem-se os arts. 22 e 23, para se ver que não é indicação de cuja falta resulte nulidade ou ineficácia do registro, ou, sequer, do ato constitutivo, a falta de indicação do destino dos bens. Diz o art. 22: "Extinguindo-se uma associação de intuitos não-econômicos, cujos estatutos não disponham quanto ao destino ulterior dos seus bens, e não tendo os sócios adotado a tal respeito deliberação eficaz, devolver-se-á o patrimônio social a um estabelecimento municipal, estadual, ou federal, de fins idênticos, ou semelhantes." O parágrafo único: "Não havendo no Município ou no Estado, no Distrito Federal ou no Território ainda não constituído em Estado, em que a associação teve sua sede, estabelecimento nas condições indicadas, o patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, à do Distrito Federal, ou à da União." E o art. 23: "Extinguindo-se uma sociedade de fins econômicos, o remanescente do patrimônio social compartir-se-á entre os sócios ou seus herdeiros". A indicação de quem presenta não é essencial ao ato constitutivo; o art. 17 é explícito: "As pessoas jurídicas serão representadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudíciais, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não o designando, pelos seus diretores." Quanto à responsabilidade dos sócios, cf. arts. 1.381, 1.396 e 1.398.

O nome ou denominação da pessoa jurídica é de exigir-se, no cartório do registro de pessoas jurídicas. Não há, porém, regra jurídica que faça nulo o ato constitutivo, ou os estatutos, ou o registro que não contenha a indicação dele. O oficial pode negar-se a registrar; se registrou, o registro vale, e é eficaz. Pode ele, contudo, ter de

responder pelos danos que dai resultem. Tal solução, quanto à validade e eficácia do *registro,* é a que se adota ainda onde o sistema juridico possui regra de *ius cogens* quanto ao nome, ao fim e à sede *(e.g.,* Código Civil alemão, § 56, cf. P. Oertmann, *Allgemeiner Teil,* 175; A. von Tuhr, Der *Allgemeine Teil,* 1, 491; contra, G.

Planck, Kommentar, 1, Q ed., 129; E Endemann, *Lehrbuch, ~,* 8º-9º ed., 185). O que pode ocorrer é que o juiz a que está subordinado o oficial mande cancelar, a pedido do Ministério Público ou de algum interessado (P.

Oertmann, *Aligemeiner Teil,* 175; O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 89). Os nomes não podem ser idênticos, porém a diferença quanto ao de outra entidade, ainda não registrada, não é de exigir-se (P. Altmann, *Handbuch des deutschen Vereinsrechts,* 94). Para que se assegure, com a mesma proteção do nome comercial, o nome das sociedades civis, das associações civis e das fundações, é preciso que se proceda ao registro, a que se referia, *e.g.*

o primeiro Código da Propriedade Industrial (Decreto-Lei nº 7.903 de 27 de agosto de 1945, arts. 104, parágrafo único, 105, 107, 109, 4º e 113); donde resulta que o nome pode ser adotado após o registro para personificação (Decreto-Lei nº 7.903, art. 113: "O registro do nome comercial, da denominação das sociedades civis e das fundações, a que se refere este Código, não substitui, nem supre, qualquer dos registros públicos estabelecidos para dar início à existência legal das pessoas de direito privado"). Por diferente tem-se o nome que não pode ser confundido com outro, isto é, aquele se distingue dos outros, sem ser preciso atenção desusada (E. Hólder, *Allgemeiner Teil,* 173). O oficial não tem competência para recusar o registro porque o nome está em contradição com o fim, ou com o lugar da sede (6.Planck, *Kornmentar,* 1, 4ª ed., 130).

A pessoa jurídica precisa ter diretoria (arg. ao art. 17). A diretoria é que administra. Se não se diz, no ato constitutivo, quem presenta a pessoa jurídica, entende-se que é a diretoria. A diretoria e o presentante, se não é ela mesma, *expressa,* na vida social, a pessoa jurídica: a relação entre a pessoa jurídica e a diretoria, ou o presentante não é a de mandato (J. Meissner, *Das Búrgerliche Gesetzbucb,* 1, 38), ainda que se trate de pessoa estranha ao quadro social (J. Kohler, *Lehrbuch,* 1, 376). Presentante é órgão.

Pode haver um só diretor, ou compor-se de dois ou mais membros a

diretoria; salvo se a lei especial fixa mínimo.

Se o ato constitutivo não diz quem dirige, nem quem presenta, entende-se que há de ser uma só pessoa (sem razão, E. Hálder, *Allgemeine Teil,* 140).

6.

Eficácia do ato constitutivo e dos *estatutos.* O ato constitutivo e os estatutos, que são parte dele, ou ele mesmo, obrigam os membros que os votaram, os que ingressaram durante a feitura (ou ainda não tinham direito de voto) e os membros posteriormente admitidos. Ainda Para os reformar, é preciso que se observem as regras estatutárias sobre a reformabilidade. Se a reforma não é possível, porque se pré-excluiu, pode-se extinguir a pessoa jurídica e constituir-se outra; não reformar-se o que é estatutariamente irreformável. Os estatutos, atribuindo à assembléia, ou órgão que se haja de consideran assembléia, a deliberação sobre a reforma dos estatutos, retira da unanimidade tal deliberação, se não continua de exigi-la à própria assembléia. A parecença com as constituições estatais ressalta. As regras estatutárias são como regras jurídicas internas, ser-1 que se façam regras jurídicas: são normas negociais, cláusulas, (conteúdo negocial, ainda quando os figurantes do ato constitutivo transfiram a alguns a reforma dos estatutos. Os figurantes submeteram-se à organicidade da pessoa jurídica. Toda teoria que empreste às regras estatutárias natureza de lei, regra jurídica, exorbi-la Pessoas jurídicas, que não sejam estatais (essas dentro de raias de competência constitucional), não fazem lei. Por isso mesmo, as regras sobre nulidade e anulabilidade são as dos arts. 145-158 do Código Civil, a pena estipulada pode ser reduzida pelo juiz (art. 924; sem razão, A. Leist, *Untersuchungen z. inneren Verei nsreÃht,* 58). A regra estatutária há de ser alegada e provada, e as regras de interpretação são as de interpretação dos atos jurídicos, esiecialmente dos negócios jurídicos, e não as de interpretação das leis.

Uma das exigências para o registro da pessoa jurídica é a declaração quanto à reformabilidade dos estatutos, ou à irreformabilidade, podendo só se permitir a revisão total (todos os estatutos ficam sujeitos à discussão e revisão) ou só a emenda por artigos, seções, ou matérias previamente indicadas, ou qualquer das duas espécies dê, reforma, ou só se permitir a reforma de determinados artigos (= não permitir a reforma de determinados artigos).

Qual o número de votos que há de exprimir a vontade da pessoa jurídica, hão de dizê-lo os estatutos. Pode ser a maioria dos presentes, a maioria absoluta, a maioria + 2, 3, 4 a soma de dois terços, três quartos, quatro quintos, a unanimidade. Se se exige a unanimidade o membro, que deseja a reforma, só tem para seu constrangimento a saída de se desligar da pessoa jurídica.

Pretendeu-se que não se pode introducir na irreformabilidade, porque se contradiria, com isso, ma de associação e de sociedade. Se todos estão de importam os estatutos? Assim, J. Kohler *(LeS rbuc.* A. von Tuhr *(Der Allqemeine Teil,* 1, 500). E-lá, aí unanimidade pode, sempre, dissolver, dissociar; a re se impossível, pois que se excluiu toda alteraçã0 p mesma nada pode, conservando a pessoa juridica concebe outros estatutos, com as reformas que se **ti.** e nova regra estatutária sobre reformabilídade. No art : o Código Civil previu que a unanimidade possa c regra jurídica é cogente. No Código Comercial, art. se o mesmo. Na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro 129, estatuiu-se que "as deliberações da assembléia vadas as exceções previstas em lei, serão tornada absoluta de votos, não se computando os votos em se de saber se esse art. 129 é cogente, ou dispositívo é no sentido da sua dispositividade acima pode-se exigir mais, não se pode exigir menos, se a pessoa jurídica precisa de autorização este se constitua, ou se a regra estatutária ou regras estai riam, por ocasião da autorização, ser mudadas pelo o Estado as podia exigir), é preciso, para a reforma, autorize a reforma, como pressuposto necessário (. nulidade da reforma).

O registro é indispensável ao começo de eficácia .

Se a alteração do ato constitutivo ou dos esta1 mudança do objeto, ou de qualquer maneira que h atividade cuja ilicitude, contrariedade, ou no periculosidade para o bem público, a segurança do E coletividade, a ordem pública ou social, a moral e mes se revela, o oficial do registro não deve tegist (Decreto-Lei nº 9.085, de 25 de março de 1946 o art. 115, parágrafo único, da Lei nº 6.015, de 31 de 1973. Também não deve o oficial do registro regÇ ma que não obedeceu às regras dos estatutos.

O registro da pessoa jurídica tem de ser provocado pelos interessados; nunca de oficio. De regra, é a diretoria, ou um dos diretores que faz a

declaração de que cogita o art. 120 da Lei n° 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Se o oficial do registro tem dúvida, submete a espécie ao juiz. Surge a questão de se saber qual a sorte do registro em que se infringiu a lei, tendo transitado em julgado a decisão judicial. Preliminarmente, desde que houve coisa julgada, houve sentença, que pode ser rescindida, mas o registro existe, vale e é eficaz. A rescisão da sentença teria, quanto ao registro, eficácia de retificação, salvos os direitos de terceiros. Resta saber-se se, não tendo havido a rescisão da sentença, pode ser *cancelado* o registro, segundo as regras jurídicas de competência e as processuais. A sentença, que transitou em julgado, só se referiu ao ato de se registrar; não faz coisa julgada para a subsistência do registro, a despeito de ulteriores mudanças estatutárias ou reexames de ato constitutivo. O

registro existe, vale e é eficaz enquanto não cancelado ou retificado.

Cumpre que se confunda o problema acima com a tese, falsa, da sanação da invalidade da constituição da pessoa jurídica com a inscrição dessa no registro, fora da coisa julgada. Tentou sustentá-la H. Dernburg, sem lograr convencer. Sem os requisitos do art. 120 da Lei nº 6.015, o registro mesmo é inválido. Bem assim, se falta o requisito do art. 119, parágrafo único, da Lei nº 6.015. Por se tratar de ato estatal com fé pública, tem-se de promover-lhe a anulação, de modo que só o juiz, que tem competência para desconstituir o ato da inscrição, pode anulá-la (K.Hellwig, *Wesen und subjektiue Begrenzung der Rechtskraft,* 29 5.; *Lehrbuch,* II, 382 5.; W. Jellinek, *Der Iehlerhafte Staatsakt,* 167; sem razão, C. P. Wiedemann, *Beitrâge,* 722 s4. Não se pode deixar, então, de admitir que a eficácia da decisão é *ex tune.* Ataca-se o ato do oficial público. Uma das Consequências da decretação da invalidade é a do destino do patrimônio, porque, não *tendo havido* a personificação, não cabe atender-se ao art. 22, ou ao art. 23, ou ao art. 30, mas sim aos princípios que regem o destino das comunhões de bens e dos patrimônios cuja destinação foi ineficaz, salvo se negócio jurídico previu outro destino. Quanto aos terceiros, ou eles adquiriram direitos segundo os principal Pretendeu-se que não se pode introduzir nos estatutos a irreformabilidade, porque se contradiria, com isso, a noção mesma de associação e de sociedade. Se todos estão de acordo, que importam os estatutos? Assim, J. Kohler *(Lehrbuch,* 1, § 172) e A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teil,* 1, 500). Há, aí, confusão. A unanimidade pode, sempre, dissolver, dissociar; a reforma tornou-se impossível, pois que se excluiu toda alteração. A unanimidade mesma nada pode, conservando a pessoa jurídica.

Dissolve-a; e concebe outros estatutos, com as reformas que se tinham

por fito e nova regra estatutária sobre reformabilidade. No art. 1.399, VI, o Código Civil previu que a unanimidade possa dissolver e tal regra jurídica é cogente. No Código Comercial, art. 335, 3, diz-se o mesmo. Na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art.

129, estatuiu-se que "as deliberações da assembléia geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco." Tem-se de saber se esse art. 129

é cogente, ou dispositivo. A resposta é no sentido da sua dispositividade acima da maioria absoluta: pode-se exigir mais, não se pode exigir menos.

Se a pessoa jurídica precisa de autorização estatal para que se constitua, ou se a regra estatutária ou regras estatutárias poderiam, por ocasião da autorização, ser mudadas pelo Estado (= se o Estado as podia exigir), é preciso, para a reforma, que o Estado autorize a reforma, como pressuposto necessário (a falta causa nulidade da reforma).

O registro é indispensável ao começo de eficácia da reforma.

Se a alteração do ato constitutivo ou dos estatutos implica mudança do objeto, ou de qualquer maneira que há destino ou atividade cuja ilicitude, contrariedade, ou nocividade, ou periculosidade para o bem público, a segurança do Estado, ou da coletividade, a ordem pública ou social, a moral e os bons costumes se revela, o oficial do registro não deve registrar a reforma (Decreto-Lei nº 9.085, de 25 de março de 1946, art. 2ª). incide o art. 115, parágrafo único, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Também não deve o oficial do registro registrar a reforma que não obedeceu às regras dos estatutos.

O registro da pessoa jurídica tem de ser provocado pelos interessados; nunca de ofício. De regra, é a diretoria, ou um dos diretores que faz a declaração de que cogita o art. 120 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Se o oficial do registro tem dúvida, submete a espécie ao juiz. Surge a questão de se saber qual a sorte do registro em que se infringiu a lei, tendo transitado em julgado a decisão judicial. Preliminarmente, desde que houve coisa julgada, houve sentença, que pode ser rescindida, mas o registro existe, vale e é eficaz. A rescisão

da sentença teria, quanto ao registro, eficácia de retificação, salvos os direitos de terceiros. Resta saber-se se, não tendo havido a rescisão da sentença, pode ser *cancelado* o registro, segundo as regras jurídicas de competência e as processuais. A sentença, que transitou em julgado, só se referiu ao ato de se registrar; não faz coisa julgada para a subsistência do registro, a despeito de ulteriores mudanças estatutárias ou reexames de ato constitutivo. O

registro existe, vale *e* é eficaz enquanto não cancelado ou retificado.

Cumpre que se confunda o problema acima com a tese, falsa, da sanação da invalidade da constituição da pessoa jurídica com a inscrição dessa no registro, fora da coisa julgada. Tentou sustentá-la H. Dernburg, sem lograr convencer. Sem os requisitos do art. 120 da Lei nº 6.015, o registro mesmo é inválido. Bem assim, se falta o requisito do art. 119, parágrafo único, da Lei nº 6.015. Por se tratar de ato estatal com fé pública, tem-se de promover-lhe a anulação, de modo que só o juiz, que tem competência para desconstituir o ato da inscrição, pode anulá-la (K. Hellwig, *Wesen und subjektfve Begrenzung der Rechtskraft,* 29 5.; *Lehrbuch,* II, 382 5.; W. iellinek, *Der Jehlerhafte Staatsakt,* 167; sem razão, C. P. Wiedemann, *Beitràge,* 722 s.). Não se pode deixar, então, de admitir que a eficácia da decisão é *ex tunc.* Ataca-se o ato do oficial público. Uma das conseqüências da decretação da invalidade é a do destino do patrimônio, porque, não *tendo havido* a personificação, não cabe atender-se ao art. 22, ou ao art. 23, ou ao art. 30, mas sim aos princípios que regem o destino das comunhões de bens e dos patrimônios cuja destinação foi ineficaz, salvo se negócio jurídico previu outro destino. Quanto aos terceiros, ou eles adquiriram direitos segundo os principios, ou trataram com gestores de negócios, ou com pessoas que se apresentaram em próprio nome. Não se pode estabelecer que, a despeito da anulação, os terceiros, que tratavam com „quem" não era pessoa, tenham adquirido direitos (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1, 495; sem razão, caindo em contradição, K. Hellwig, 33 5.).

7. *Arts. 16 e 23.* No art. 23, falou-se de sociedades de fins econômicos, expressão que não aparece no art. 16, onde se enumeraram as pessoas jurídicas. Poder-se-ia pensar que tal omissão pré-exclui a possibilidade de existirem pessoas jurídicas de fins econômicos, que não sejam mercantis: somente a essas se referiu o art. 16.

Sem razão. Tanto que há os ads. 22 e 23, concernentes,

respectivamente, às pessoas jurídicas de fins não-econômicos e às pessoas jurídicas de fins econômicos. Além disso, o conceito de fim econômico ultrapassa o de fim mercantil, ou de comercio. Só se personifica a sociedade que se registra. Disse o art. 1º do Decreto-Lei nº

9.085, de 25 de março de 1946 (repetindo o Decreto nº 4.857, art. 122): "No registro civil das pessoas jurídicas serão inscritos: 1. os contratos, os atos constitutivos, os estatutos ou compromissos, das sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, e os das associações de utilidade pública *e* das fundações; II. as sociedades civis que revestirem as formas estabelecidas nas leis comerciais". O art. 1º, II, de regra jurídica similar, posto que de menor abrangência, à do art. 114,11, da Lei nº 6.015, mostra que a omissão do art. 16 do Código Civil é inoperante.

Para a sociedade de fim econômico, não importa quem perceba os lucros. O que impede é que o propósito seja de lucro. Discussão surge quanto à influência da destinação dos lucros na economicidade da pessoa jurídica. Alguns exigem para que a pessoa jurídica se considere de fins econômicos que o lucro sirva àpropriedade material dos seus membros (E. Hôlder, *Komrnentar,* 132; H. Oppenheímer, Die beiden Vereinsllassen, *iherings iahrbúcher,* 47, 99; C. 2. Wiedemann, *Beitrâge,* 241 s); outros que o lucro sirva **à** própria pessoa jurídica (H. Dernburg, Das *Búrgerliche Recht,* 1, 224; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30º-34º ed., 242 s.); outros, finalmente, abstraem da destinação do lucro (H. Rehbein, Das *Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 42; G. Planck, *Kommentar,* 1, 60 s.). Assim, se a pessoa jurídica de fim econômico destina todo o lucro a esmolas, ou a alguma instituição, nem por isso deixa de ser pessoa jurídica de fim econômico. Mais longe ainda parecia ir (1 Robler *(Lehrbuch,* 1, § 165, lii), porque ima-ginou sociedade de fim econômico em que se equilibraram receita e despesa. Mas também aí só se abstrai da destinação, e não do lucro. Se a pessoa jurídica apenas tem por fito cobrir as despesas nem por isso deixa de ser de fins econômicos. Ainda aí se colima o lucro. *Aliter,* se a pessoa jurídica somente conta ou conta principalmente com o que os membros prestam. Se a sociedade musical vende entrada, tem fim econômico; se vive do que lhe dão os que assistem aos concertos, não no tem.

8. Atos *jurídicos* necessários. Para cumprimento das suas funções, os órgãos têm de praticar os atos que são necessários aos fins da pessoa

juridica como se fossem eles que os tivessem de praticar, como pessoas físicas.

Os atos, praticados por eles, são da pessoa jurídica, e não deles. Tudo isso há de obedecer às regras de constituição e organização da pessoa jurídica. A expressão "órgãos", tomada à anátomo-fisiologia, é de grande alcance, e evita que se tenha de dilatar, com prejuízo para a técnica jurídica, o conceito de representação. Ser órgão é mais do que ser representante. Antes de ter órgãos, a pessoa jurídica não pode praticar atos. Não há pensar-se em incapacidade relativa; nem se há de cogitar de invocação analógica de regras jurídicas concer nentes à incapacidade absoluta ou relativa. Por exemplo: a do art. 169, 1 (sobre não correr prescrição contra os absolutamente incapazes); a do art. 148 (sobre ratificação do ato praticado pelo relativamente incapaz), porque a ratificação" seria noutro sentido, o do art. 1.343, distinção em que insistiremos, a cada ensejo.

À semelhança das pessoas físicas, as pessoas jurídicas têm o seu campo de atuação externa *e* o seu campo de atuação interna, conforme os seus atos são atinentes ou atingem terceiros, ou não lhes sao atinentes, nem os atingem. Dentro ou para fora da pessoa jurídica, o órgão é sempre pessoa, ou grupo de pessoas, pelo qual atua a pessoa jurídica. Em vez de atuar em lugar dela, o órgão atua como órgão da pessoa jurídica, tornando-a presente, razão para conceitualmente e normativamente se dever evitar toda alusão à "representação". O órgão da pessoa jurídica presenta-a; não a representa. A mão não representa a pessoa física; nem o cérebro, nem a boca: mão, cérebro e boca são órgãos. Os que repelem essas verdades são vítimas de erro multissecular de se ver *algo,* que não existe, entre o ato do órgão e o ato da pessoa jurídica. Introduzir-se, aí, a idéia de representação é lançar-se mão de ficção, ou dilatar-se o conceito de representação. Quando o órgão assina a escritura pela pessoa jurídica, não representa, — é órgão da pessoa jurídica. Representante da pessoa jurídica é outra coisa. Pode bem ser que discorde, inteiramente, do que foi entabulado entre os contraentes. Não importa. Presenta, não representa. O

órgão atua e tem direito a atuar, com o que se parece com o representante legal, sem ser representante legal, ainda em se tratando de pessoa jurídica em que seja a lei que designe o órgão. O art. 15 tem conteúdo que não é o dos arts. 1.521, „1, e 1.522, nem o dos arts. 1.309, 1.313, 1.305 *e* 1.308. Os arts. 15 do Código Civil *e* 37, § 6º, da Constituição de 1988 inspiraram-se em doutrina contemporânea, organicista; não foram meros expedientes técnicos para se liberalizar a

responsabilidade das pessoas jurídicas. Se o tutor, dirigindo, como tutor (representante legal), a empresa do tutelado, se esquece de fechar o gás do banheiro, causando danos ao vizinho do lado, o tutelado não responde. Mas, se o esquecimento foi do diretor da empresa, ou se esse tutor foi eleito diretor da empresa do tutelado, a pessoa jurídica responde, ainda que quase todas as ações pertençam ao tutelado e se a eleição proveio disso.

Por outro lado, na vida interna, as funções administrativas dos órgãos são irredutíveis às do representante. Tanto na vida interna, quanto na externa, o órgão pode depender e depende sempre de outras vontades *(e.g.,* a diretoria depende da assembléia geral). A idéia de representação seria, aí, ainda mais inadequada. Donde ressaltar cada vez mais a verdade da proposição: a pessoa jurídica atua por seus órgãos . Por isso, são, não só capazes de direitos, mas civil e comercialmente capazes. Não há qualquer assimilabilidade do órgão ao representante legal, nem do órgão ao representante voluntário.

Os órgãos das pessoas jurídicas têm o dever, perante elas, de cumprir os deveres e obrigações, de que são sujeitos passívos as pessoas jurídicas. Se as pessoas jurídicas faltam a tais deveres e obrigações, respondem por isso. As ações dirigem-se contra elas. As sentenças de carga suficiente de executividade executam-se contra elas. Mas, perante elas, respondem os órgãos, porque tal dever é implícito nos deveres que aos órgãos dão as leis e os estatutos.

9. *Acefalia.* A acefalia das sociedades e das fundações cria estado anormal na vida da pessoa jurídica, a que hão de prover os estatutos, ou, na falta de regra jurídica estatutária, a lei. Se regra jurídica não há, que preveja o modo de se dar solução à perplexidade, que a acefalia cria, os sistemas jurídicos contemplam ações cujas decisões chegam ao mesmo resultado de cefalização provisória, ou ao encurtamento da duração da acefalia. A ação para nomeação do administrador provisional é a medida que logo ocorre, baseada no art. 798 do Código de 1973. A nomeação de administrador a pessoas jurídicas acéfalas é uma das mais prestantes medidas cautelares.

A acefalia resultam: a) da terminação do tempo para que foram eleitos os órgãos da pessoa jurídica, se não prevêem os estatutos que as pessoas, que eram órgãos, ou alguma ou algumas delas continuem à testa da pessoa jurídica, ou alguém assuma a direção, até que se

proceda à posse dos novos eleitos; *b)* da morte, renúncia ou afastamento da única ou de todas as pessoas que teriam de ser órgão da pessoa jurídica. Para se provar a), tem-se de alegar e provar que terminou o tempo para que tinham poderes e o fato de art. estarem eleitos os~ novos dirigentes, além da alegação e prova de serem omissos os estatutos sobre a permanência dos dirigentes anteriores, ou de outra solução estatutária. Se se alega que houve eleição, tendo-se lavrado a respectiva ata,forma necessária do ato coletivo *(Gesarntakt),* mas foi nula a eleição, ou que é nula a ata, — a ação é constitutiva negativa. Se se alega que não houve ata, o ato coletivo é inexistente, — e a ação é declarativa negativa, podendo ser questão *prévia* de outra ação, inclusive das ações de medida cautelar.

Findando o tempo marcado pelos estatutos para a diretoria eleita e sobrevindo inexistência do ato coletivo da nova eleição, sem que os estatutos prevejam como se resolver, dá-se a acefalia, situação anormal que faz nascer aos sócios, quaisquer, ou legítimos interessados, a pretensão de medida de segurança, uma das quais é a nomeação de administrador. As ações cautelares podem ser anteriores, concomitantes, ou posteriores à propositura da ação, desde que se observem as regras de direito processual.

Se não se lavrou ata, ato coletivo de eleição não houve. Não há diretoria. E princípio geral de direito que a omissão da forma necessária implica em se entender que os atos que tinham de ser praticados em seguimento, ainda que tivessem sido praticados, se têm como não havidos, porque eram atos destinados a *encher* suporte fático de ato jurídico, e não se chegou a completar tal suporte fático.

A ação cautelar de nomeação de administrador para pessoa jurídica acéfala é proponível antes ou durante a ação que se refira à sociedade; *e* para ela é legitimado o sócio ou qualquer legitimo interessado. Antes, dissemos; mas a anterioridade pode ser na própria petição da ação. Se há urgência, dispensa-se a própria audiência da outra parte (Código de Processo Civil, art. 804), e nada obsta a que se insira o pedido na petição da ação.

10.

Não-normatividade, estrito senso, das regras estatutárias. O ato constitutivo, ainda quando se trate de estatutos, não é normativo, no

sentido de conter regras jurídicas. O que se estabelece para reger as pessoas jurídicas de direito privado é estranho à auto-legislação (C. Crome, Svstem, 1, 256; 8. Matthiass, *Lehrbuch,* 6º-7º

ed., 9; F. Endemann, *Lehrbuch,* 1, 8º-9º ed., 31; i. Kohler, *Lehrbuch,* 1, 105; G. Planck, Kommentar, 4º ed., 70; sem razão: O. von Cíerke, *Deutsches Privatrecht,* 1, 150; 3. Biermann, *Búrgerliches Recht,* 1, 485; K. Hellwig, *Lehrbuch,* 1, 139; P. Oertmann, *Aliqemeiner Teil,* 97). Por isso, não se pode invocar qualquer violação para se fundamentar recurso extraordinário, especial ou ação rescisória. Autonomia tem dois sentidos.

(As associações e sociedades têm auto determinação, auto-administração ou autarquia; não têm legislatura; os dois conceitos — auto determinação *e* autonomia são de extensão diferente: há a auto determinação com a nomia, que é a autonomia, ou autoregramento jurídico ou legal, tal como a União, os Estados Federados e os Municípios, bem como o Distrito Federal, se bem que o vulgo confunda a autonomia com a origem democrática, ou eletiva, do Prefeito. Autonomia já a têm o Distrito Federal e os Municípios que não elegiam os seus Prefeitos. Têm autonomia e auto-administração, e têm a eletividade dos seus chefes do Poder Executivo, que não tinham.) A discussão sobre serem os estatutos (ou o ato constitutivo que os contém) criadores de regras juridicas, ou não, ainda surgiu *em* 1□. Heinsheimer *(Mitgliedschajt und* Ausschliessung, 18 s, e 31), J. Binder (Das *Problem der juristischen Persónlichkeit,* 94 s.) e outros, que o negam, e em E Lauber *(Die rechtliche* Natur der *Vereinssatzung,* 2 s.), O. von Gierke (E v. Holtzendorff-J. Kohler, *Enzyklopádie,* 1, 443), H. Grúters *(Ausschluss aus rechtfdhigen Vereinen,* 14 s.), 3. W. Hedemann (Ausstossung aus Vereinen, *Archiu fOr Búrger!iches Recht,* 38, 132), C. P. Wiedemann, *Beitrâge,* 346, nota 25) e P. Oertmann (Die rechtliche Natur der Vereinsatzung, *Archiu for Rechts-* und *Vv*"*irtschaftsphilosophie,* VII, 127 s.). A afirmação da autonomia (= legislação para si mesmo) não pode ser deduzida da teoria do ato coletivo, posto que contra ela seja radical a teoria do negócio jurídico plurílateral, ou a do contrato. A *lex* contractus, como lei, no sentido próprio, é uma das reminiscências mais graves, nos espiritos de hoje, da indistinção entre legislação e negócio; a concepção dos estatutos como regra jurídica, que se não confunde com a da auto-determinação das associações, uma das regressões àquelês tempos em que existia a indistinção, ou, menos grave, ao tempo em que surgiram as "companhias" de natureza estatal, ou paraestatal, para exploração de colônias . Para se afirmar que o ato constitutivo ou os estatutos são direito objetivo, Iex, complexo de normas jurídicas, seria preciso que

se partisse da premissa de não ser negócio jurídico. As penas, que se insirissem neles, não seriam penas convencionais, mas penas, em sentido estrito. Ter-se-ia de falar da competência legislativa penal das associações *e* sociedades. Os arts. 916-925 não seriam invocáveis. Nem o art. 145,11, V parte (conseqúente, Er Lauber, *fie* rechtliche Natur *der* Vereins *satzun˚,* 19; cp.

P. Oertmann, Die Zulãssigkeit der Satzungen, *Archiu for Búrgerliches* Rechts, 33, 226). Contra isso, K.

Heinsheimer *(MitqliedschaJt* und *Ausschliessung,* 52 sj. As conseqúências inualidantes da infração das regras dos estatutos é que parecem pesar a favor da teoria dos estatutos-lei, mas essa sanção tem outra explicação. Nem se diga que o juiz tem o dever de os conhecer (cf. Código de Processo Civil, art. 337): seria levar-se demasiado longe a interpretação. Nem há, no direito brasileiro, "autonomia" da alta aristocracia, porque não se tem aristocracia, nem, se existisse, a teria (sobre o assunto alhures, P. Oertmann, *Denkschrift,* 53 s.). Tem-se de reagir contra esses influxos do passado, que medievalizam os contratos coletivos de trabalho, ponto de encontro entre dois totalitarismos, o dos reacionários europeus, que cedem o que era seu (a autonomia dos nobres) e os revolucionários perturbados, a que sorri a *lex* contractus.

§ 87. Inscrição

1. *Inscrição e publicidade,* a) A publicidade, no direito brasileiro, era prévia; ainda se referia à entidade nãopersonificada, fazendo parte dos pressupostos da personificação; com os exemplares do jornal oficial, em que se publicou o ato constitutivo (estatutos, "compromisso", ou contrato, dizia o art. 129 do Decreto nº 4.857), é que se apresentava a petição, com a firma reconhecida. Se a publicação não fora integral, além de dois exemplares, tinha de ser junto exemplar do ato constitutivo (Decreto nº 4.857, art. 129). A Lei nº 6.015, art. 121, não repetiu o Decreto nº 4.857, art. 129. Para esse registro não mais são apresentados dois exemplares do jornal oficial, em que publicados os estatutos, compromissos ou contratos, mas duas vias desses instrumentos, pelas quais se fará o ato registrário mediante petição do presentante da pessoa jurídica, nelas lançando o oficial a pertinente certidão, com a indicação do número de ordem, livro e folha. Uma dessas vias ser-lhe-á entregue e a outra arquivada em cartório, rubricando o oficial as folhas em que estiver impresso o negócio

jurídico.

b) A inscrição é o ato estatal, de jurisdição voluntária, pelo qual se registra a associação, sociedade, ou fundação, e do qual resulta o efeito personificatívo . O art. 123 do Decreto nº 4.857 explicitava que esse registro podia ser estabelecido em cada comarca, zona, ou apenas na capital dos Estados Federados (acrescente-se: ou dos Territórios), "abrangendo todo o seu território" mas com isso apenas se aludia às possibilidades de divisão territorial, por parte das legislaturas estaduais ou territoriais competentes. Há dois livros nos cartórios de registros civis das pessoas jurídicas: o Livro A, para o registro das sociedades civis, religiosas, morais, científicas, ou literárias, bem como das fundações e das associações de utilidade pública, além das sociedades civis que revestirem as formas estabelecidas nas leis comerciais, salvo as anônimas; o Livro B, para a matrícula das oficinas impressoras, jornais, periódicos, empresas de radiodifusão e agências de notícias. O primeiro tem 300

folhas; o segundo, 150 (Lei nº 6.015, art. 116). Todos os exemplares de contratos, de atos, de estatutos e de publicações, registrados e arquivados, serão encadernados por períodos certos, acompanhados de índices que facilitem a busca e o exame (Lei nº 6.015, art. 117). Os oficiais farão índices, pela ordem cronológica e alfabética, de todos os registros e arquivamentos, podendo adotar o sistema de fichas, mas ficando sempre responsáveis por qualquer erro ou omissão (Lei nº 6.015, art. 118). O registro das sociedades, fundações e partidos políticos consistirá na declaração, feita no livro, pelo oficial, do número de ordem, da data da apresentação e da espécie do ato constitutivo, com as seguintes indicações: 1. a denominação, o fundo social, quando houver, os fins e a sede da associação ou fundação, bem como o tempo de sua duração; II. o modo por que se administra e presenta a sociedade, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente; III. *se* os estatutos, o contrato ou o "compromisso" são reformáveis, no tocante à administração, e de que modo; IV. se os membros respondem, ou não, subsidíariamente, pelas obrigações sociais; V. as condições de extinção da pessoa jurídica *e* o destino do seu patrimônio nesse caso; VI, os nomes dos fundadores, ou instituidores, e dos membros da diretoria, provisória ou definitiva, com indicação da nacionalidade, estado civil e profissão de cada um, bem como o nome e residência do apresentante dos exemplares (Lei nº 6.015, art. 120). Para o registro, serão apresentadas duas vias do estatuto, "compromisso" ou contrato. Por elas far-se-á o registro, mediante petição do presentante da sociedade, lançando o oficial nas duas vias a certidão do registro, com o respectivo número de ordem,

livro e folha, uma das quais será entregue ao presentante e a outra arquivada em cartório, rubricando o oficial as folhas em que estiver impresso o contrato, compromisso ou estatuto (Lei nº 6.015, art. 121). Se o território da unidade política foi dividido, de modo que a competência é distribuída por ele, cabe o registro ao oficial do registro civil de pessoas jurídicas do lugar da sede da pessoa jurídica in *fie ri.* Discute-se se o registro pelo oficial, territorialmente incompetente, é nulo. Pela afirmativa, W. Jellinek *(Der fehlerhafte Staotsakt,* 98 s.), E. Hõlder *(Allqemeiner Teil,* 171) e B. Matthiass *(Lehrbuch,* 51); negativamente, G. Planck (Kommentar, J, V ed., 128), R

Oertmann *(Allgemeíner Teil,* 176) e C. P. Wiedemann *(Beitrdge zur Lehre vor der idealen Vereiner,* 433). O caso não é de nulidade, mas de ineficácia, salvo quanto à circunscrição em que se fez o registro e se não estava em causa a sede alhures. Aliás, o oficial incompetente é responsável quando e enquanto não providencia para o registro no cartório competente; e a justiça, a que está subordinado o oficial, tem o dever de providenciar (H.

Rehbein, Das *Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 62; G. Planck, *Kornmentar,* 1, 4º ed., 128; O. Warnever, *Romírentor,* 1, 88). Se o ato constitutivo indicou sede fingida, para dar a pessoa juridica estrangeira, in *fraudem* legis, capacidade de direito, o registro é nulo (~J. Vetsch, Die *Umgehung des Gesetzes,* 203).

2.Inscrição e *ilicitude.* Não podem ser inscritos os atos constitutivos de sociedades, ou das associações, quando seu objeto ou circunstância relevante indique destino ou atividade ilícitos ou contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado, ou à coletividade, à ordem pública, ou social, à moral e aos bons costumes (Lei nº 6.015, art. 115; Constituição de 1988, art. 59, XVII e XIX). No art. 115, parágrafo único, estatuiu a Lei nº

6.015: "Ocorrendo qualquer dos motivos previstos neste artigo, o oficial do registro, de ofício ou por provocação de qualquer autoridade, sobrestará no processo de registro e suscitará dúvida para o juiz, que a decidirá". Quanto ao art. 4º do Decreto-Lei nº 9.085, é contrário à Constituição de 1988: „Também não poderão ser registados os atos constitutivos de sociedades ou associações que, antes de pedido de inscrição ou concomitante com este, tenham exercido atividades ou praticado atos contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado ou da coletividade, à ordem pública, ou social, à mora! e aos bons costumes. No caso deste artigo, o oficial, ex officio, ou por provocação de qualquer autoridade, deverá sobrestar no registro, observando o disposto no art. 39" Tal efeito

anexo ou seria de sentença criminal, trânsita em julgado, ou já ai seria contrário à Constituição de 1988, porque violaria o art. 59, III; mas, ainda efeito *anexo,* violaria o art. 5º, XVII e XIX, porque a única limitação à liberdade de associação, que a Constituição de 1988 admite, é a da *ilicitude do* fim; *e* o art. 4º‟ do Decreto-Lei nº 9.085 importa em limite da liberdade de associação por espécie singularíssima de capitis deminutio.

3.

P *ersonificação* e transferência *dos bens.* Com a aquisição da personalidade, discute-se qual a sorte dos bens e dividas da entidade não-personificada: se a) passam ipso *iure* à entidade persoriificada (R. Hahn, Der rechtsfáhige Verem, *Deu* tsche *JuristenZeitung,* VII, 504), ou *b)* se se dá sucessão universal (O. von Gierke, Vereine o/me *Rechtsfãhigkeít,* 9), ou c) se é preciso transferirem-se os bens e dívidas (E. Hôlder, *A/Igemeiner Teil,* 130; A. von Tuhr, Der *Allgemeiner Teil,* 1, 588; L. Enneccerus, *Lehrhuch,* 1, 30º-34º cd., 246; C. Haff, Grundlagen, 192). A primeira opinião é que é a verdadeira e entende-se que G. Planck e P. Knoke a ela hajam aderido, na 4º ed. do Kommentar (1, 66). Não há nova entidade, nem novo patrimônio, como não há outra pessoa, nem outro patrimônio, ao nascer a pessoa física. A entidade criada personifica-se; é tudo. As dificuldades práticas da terceira concepção seriam enormes. A sucessão universal tê-las-ia também. Em verdade, não há sucessão; há obtenção da personalidade, que se esperava. O argumento de não se resolver, com isso, o problema da transferência dos imóveis e de outros direitos dependentes de registro é sem valor: ainda não se transferiram à entidade não-personificada. Quanto às dividas anteriores, pelas quais responderiam os membros ou a direção, claro que essas não se transferem; mas transferem-se todas as que podiam ser cobradas à entidade nãopersonificada (art. 20, § 2ª). As dívidas que ficaram como dos figurantes, essas, naturalmente, passam a dividas assumidas pela pessoa jurídica, dependendo, é claro, do assentimento do credor à assunção de dívida.

Se foi convencionado que a entidade só se crie simultaneamente à personificação, não há patrimônio de sociedade incapaz ou associação incapaz, que depois se personifica.

§ 88. Modificação do ato constitutivo ou dos estatutos

1. *Modificabilidade* . A modificação do ato constitutivo ou dos estatutos obedece às regras legais e às regras estatutárias. Se há regras jurídicas cogentes, não cabem, no ponto regido por elas, regras estatutárias. Se há direito dispositivo, ficou o branco às regras estatutárias. Já falamos da reformabilidade. Aqui, temos de considerar, apenas, o que é conteúdo mesmo da modificação.

2.

Princípio da igualdade entre os *membros.* Ato constitutivo e estatutos são feitos por unanimidade; mas é de prever-se que a maioria, o voto de dois terços, ou outro quanto, possa bastar à modificação. Há, porém, limites à alteração por menos do que a unanimidade.

Qualquer alteração nos estatutos, que viole o princípio de igualdade, tal como se estabelece, precisa da aprovação de todos os prejudicados com a modificação. E o principio da proteção da minoria, que leva à exigência da unanimidade, se se quer valida-mente pospor certo membro, ou certos membros, ou classes deles, ou antepor algum, alguns, ou classes deles. Uma das espécies mais dignas de atenção é da modificação que cria classe de membros superior, mediante contribuição maior, ou para o caso de ter o membro duas ou mais ações. Tal mudança é possível se: a) á classe nova, com direitos novos (não retirada de direitos dos membros existentes), qualquer membro pode ascender; b)se os direitos que tinham os membros continuam os mesmos, ainda sem ascenderem. Não basta que a maioria dê a possibilidade de ascensão a todos (sem razão, A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* 1, 515). Por exemplo: a criação de campo para jogos infantis, somente freqúentável pelos filhos dos membros que paguem a quota de freqüência ; o campo de jogo para adultos somente para os membros que tiverem duas ações, a titulo de ressarcimento do custo ou das despesas a mais. Não, porém, a modificação que diga que, de agora em diante, só os membros que tenham duas ações podem ser eleitos para a diretoria, ou para o conselho fiscal. Quanto às desigualdades fundadas em sexo, religião, ou convicções políticas, não podem ser criadas sem a unanimidade. Todavia, se a pessoa jurídica constrói piscina e a maioria estabelece que só a podem usar as mulheres dos membros, ou só as mulheres que sejam membros, não se viola o principio da irreformabilidade com infração de igualdade. Se a piscina já existia, e todos os membros a podiam usar, a diferenciação é violação do principio; salvo se se constrói outra, que sirva aos membros do sexo masculino. Não se podem diminuir, por simples

maioria, os direitos dos membros. Todavia, os estatutos podem prever a desigualização por maioria, se foram votados unanimemente.

§ 89. Órgãos da pessoa jurídica

1. Os membros são *elementos do suporte* fético. Os *membros* são os elementos mais relevantes do suporte fático das sociedades e das associações. Projetam-se no tempo, com eventuais substituições e entradas, mantendo a vida e a atividade delas. Com eles é que se compõem as assembléias gerais, a assembléia, simplesmente, na qual decide a maioria absoluta dos presentes (cl. art. 1.394), se não se dispôs diferentemente. O ato de *convocação* dá ensejo a que todos os membros saibam que se vai efetuar a assembléia e a ela compareçam. Há de ser feita a convocação pela diretoria, salvo se o ato constitutivo determinou outro órgão. A forma deve ser estabelecida pelo ato constitutivo, se foi omisso aquele; inclusive quanto à comunicação e o meio de fazê-la (publicação no diário oficial, ou nos jornais, ou por carta registrada a cada membro). De regra, o ato constitutivo fixa prazo entre a convocação e a realização da assembléia. Se nada se dispôs quanto à forma e ao prazo, entende-se que pode ser qualquer publicação e prazo razoável. Se entre a convocação e a assembléia não medeou o prazo fixado, ou o razoável, a assembléia foi incompleta e *nulas* as deliberações. Outrossim, se não foi observada a forma que se exigira no ato constitutivo. As assembléias somente podem deliberar sobre aquilo para que foram convocadas, salvo se o ato constitutivo o permitiu a respeito de algum assunto. Quaisquer desses vicios se sanam se todos os membros comparecem e nenhum os alega, protestando. O ato constitutivo pode marcar datas, ou apontar casos, em que as assembléias se tenham de efetuar, ou, ainda, fazê-las periódicas. Fora daí, hão de ser convocadas sempre que o exija o interesse da pessoa jurídica. Em qualquer das espécies, a diretoria, ou o órgão convocante, tem o *dever de convocar,* de cuja infração resulta responsabilidade pelos danos causados pela omissão, se à pessoa jurídica, não se aos membros (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1, 507; contra, E. Hôlder, *AI/gemeiner Teil,* 154), salvo regra do ato constitutivo. Por outro lado, não há pretensão do membro á convocação (G. Planck, *Komrnentar,* 1, *4º* ed., 95; A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 504; sem razão, E. Hõlde~ *Allgemeiner Teil,* 154, e R Krúckmann, Nachlese zur Unmôglichkeit, *cfherings Jahrbúclier,* 57, 35); exceto quando resulta de regra jurídica ou de regra estatutária que

certo número pode convocar, ou exigir a convocação.

2. *Órgão da pessoa jurídica.* São órgãos da pessoa jurídica: a) a assembléia, que nenhuma atividade exterior tem; se dela precisa, de acordo com o ato constitutivo, há de ser através de outro órgão; mais alto órgão , porém interno; *b)* a diretoria que é o órgão executivo, ou um deles.

Órgão da pessoa jurídica, não pode a assembléia ser juiz arbitral nas controvérsias entre a pessoa jurídica e os seus membros. E ela que exprime a vontade da pessoa jurídica, nos limites que lhe traça o ato constitutivo.

A organização da pessoa jurídica deve ser tal que se lhe regule a vida interior e se lhe determine a identidade (denominação, fins, sede, modo de se administrar, órgãos para a vida interna e externa, modos de extinção etc.).

O ingresso e saída de membros, direitos, pretensões, deveres e obrigações, destino dos bens, extinta a pessoa jurídica, e outras regras estatutárias provêem a esse requisito de vida interna e externa organizadas. Não são regras estatutárias, a despeito de inclusão nos estatutos: as regras relativas às relações da pessoa jurídica com terceiros; as regras concernentes a crimes dos órgãos ou dos representantes; as regras que dizem respeito à liquidação dos direitos, pretensões, deveres e obrigações com terceiros.

Se a deliberação do órgão diretor, ou da assembléia, é infringente da lei, ou dos estatutos, é a lei, ou são os estatutos que dizem qual a natureza da invalidade que a infração acarreta. De regra, a anulabilidade. São legitimados todos os membros que discordaram da deliberação. O terceiro, contra quem se invoca a deliberação inválida, pode alegar a invalidade, se poderia causar-lhe dano tratar como válida a deliberação (e.g., como competente o órgão , que o não é). A ação dirige-se contra a pessoa jurídica. A sentença é constitutiva negativa, de modo que a eficácia é erga o *mnes.* A doutrina que discute ser só entre as partes, ou erga omnes a eficácia, parte da classificação errada de tal ação como declaratória, em intempestivo romanismo; e cai em contradição inevitável. A eficácia é *erga omnes, o* que atende à necessidade de ser univoca, quanto a todos os membros, a sentença; mas, a rigor, tal eficácia resulta de ser constitutiva negativa a decisão.

Nem se poderia pretender que o nulo só o fosse para algum, ou alguns

membros, tanto mais quanto o sujeito passivo da relação jurídica processual é a pessoa jurídica e se trata de desconstituir ato jurídico que se interpôs entre a pessoa juridica e os membros. Dá-se o mesmo nos concursos de credores *e* nas falências (A. Wach, *Zur Lehre* von *der Rechtskraft,* 18), ainda se ocorre anulabilidade ou revogabilidade, e não nulidade, se não se trata de fraude ou outra causa que só diga respeito a outro interessado. A ineficácia relativa, essa sim, é declarável por sentença, e só se declara quanto à pessoa frente a qual o ato jurídico é ineficaz.

§ 90. Assembléia

1. *Essencialidade da* assembléia. A assembléia, ainda quando a pessoa jurídica se componha de poucos membros, é o órgão pelo qual esses manifestam vontade. *Se* falta a assembléia, não se trata de associação, nem de sociedade. Há fundação, ou pessoa juridíca de direito público, a que se haja dispensado a deliberação de membros. As leis não cogitam de enumeração taxativa dos órgãos . Os estatutos podem prever outros órgãos que os de administração, propriamente ditos, e de vida externa, que a diretoria e a assembléia. Há auto-regramento que permite especializar funções e aumentar o número de órgãos, inclusive para fiscalização.

2.

Membro e voto. Todo membro tem voto. Se o ato constitutivo pode dar direito de voto preferente, depende da lei especial que rege a entidade. Entende-se excluído da votação *o* membro quando a deliberação verse sobre negócio jurídico com ele, beneficio para ele, ou sobre relação jurídica, de direito material ou Processual, com ele.

Não é pressuposto da exclusão o existir conflito de interesses (cf. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art.

115, §§ 2ª e 4º). O voto é livre, não perde a liberdade se o membro o prometeu a outrem (provavelmente negócio jurídico nulo, por ilicitude do objeto). Não há nulidade se a deliberação foi errada, por se chocar com os interesses da entidade, ou se obedeceu a motivos ocultos, arbitrários ou impulsivos. Só o ato constitutivo pode limitar a liberdade de voto; o objeto da sociedade é um desses limites.

Todo voto tem o seu objeto: sim ou não A. Duas correntes têm de enfrentar-se. Se se puseram três ou mais valores, A, não-A, ou B, a resposta A, não-A ou B somente vence se obteve maioria absoluta dos presentes contra a soma dos votos dados às outras. Daí a necessidade de só se por A ou não-A; depois, se não-A, E ou não-E. Os votos vencidos são nada, exceto no que entraram no cômputo e tiveram de ser levados em conta como valores negativos. Sempre que se fala de maioria é de "pelo menos maioria" que se fala; bem como a respeito de dois terços, três quintos etc. (P. Langheineken, *Mathematische Bemerkungen,* 7).

Na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (sociedades por ações), o art. 129 estatui: "As deliberações da assembléia geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco." Maioria absoluta de votantes, exceptuados os votantes em branco. Os que se ausentaram, depois da comparência, sem votarem, também não se computam: não são votantes. Bem assim, os impedidos de votar. Os estatutos podem prever o empate e dar-lhe solução. O art. 110, § 1% da Lei nº 6.404

permite que os estatutos restrinjam o número de votos que pode ter cada acionista. Sobre as sociedades mercantis de pessoas, cf. Código Comercial, arts. 331 e 486.

3. *Deliberações.* A *deliberação da assembléia* é ato coletivo, criativo, ou autorizativo, ou aprovativo (inclusive ratificativo). Não se trata de contrato: falta-lhe o consentimento de todos os figurantes (membros presentes), ou, pelo menos, tal consentimento é acidental; não há troca de manifestações de vontade, há convergência de, pelo menos, maioria delas; os votantes podem ignorar como votam os outros; não importa se alguns membros nao comparecem, ou se ausentam antes da votação, ou votam em branco, ou deixam, por sua vontade, de votar. Trata-se de ato coletivo *(Gesamtakt),* a despeito dos argumentos de A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teil,* 1, 515), que parte de conceito, só *exterior,* de ato coletivo. Repele a concepção da deliberação-contrato a doutrina quase unânime,

Diz o art. 1.394: "Todos os sócios têm direito de votar nas assembléias gerais, onde, salvo estipulação em contrário, sempre se deliberará por maioria de votos." Maioria de votos absoluta por comparecentes, de modo que, se as respostas à pergunta para escrutínio podem ser três ou mais, têm de ser postas A ou não-A; depois, se não-A, E ou não-B;

se não-E, C ou não-C. Os que não compareceram não se contam; os que votam em branco e os que se ausentam, ou se recusam a votar, também não se contam.

O

art. 1.394 é *ius dispositivum.*

Os atos das assembléias, contrários à lei, ou ao ato constitutivo, são anuláveis, se a lei não os tem por nulos. O

ser ato conjunto ou coletivo o ato constitutivo de modo nenhum implica que as regras contidas nele sejam regras jurídicas. São regras negociais, porque o ato constitutivo é negócio jurídico. Se a infração delas faz anulável a deliberação da assembléia, ou a deliberação da diretoria, é porque a regra jurídica fez conteúdo seu essas regras do ato constitutivo, exatamente *para* essa Consequência.

4.

Capacidade e vícios de vontade. Exige-se a capacidade de cada membro e incidem as regras jurídicas sobre vícios de vontade. Todavia, como parte integrante da formação da vontade da pessoa jurídica, negativa ou positiva (voto vencedor = vontade), enquanto o número necessário à manifestação da vontade da pessoa jurídica está satisfeito, as nulidades e anulações são inoperantes. As declarações de vontade dirigem-se ao Presidente da assembléia, de modo que simulação somente pode haver se a aparência se criou com a sua conivência e se todos os votantes tomaram parte nela. Quanto ao erro, o votante pode propor a ação de anulação da deliberação, se, eliminado o seu voto, o ato coletivo foi atingido (= não há vontade da pessoa jurídica). Se, eliminado, não se altera esse ato, a sentença somente pode decretar a anulação do voto, — não a da deliberação. Pode-se discutir se a ação de anulação do voto é proponível antes ou independente da ação de anulação das deliberações da assembléia. A resposta tem de ser afirmativa, porque a anulação da deliberação da assembléia resulta de se haverem anulado votos em quantidade tal que se desfalque a maioria exigida. Todavia, não se há de considerar a anulação efeito anexo da última sentença, à semelhança do que se passa com a última sentença que decreta a nulidade ou anulaçáo da transferência dos títulos a pessoas sem as quais estaria reduzido o número de sócios, infringindo o mínimo deles (cf. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, art. 63, V; Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 206,1,

d), ou à semelhança do efeito de dissolução *ipso iure* da soma de renúncias que fazem baixar do mínimo o número de sócios (efeito anexo negocial).

As ações e remédios processuais contra as deliberações da assembléia são ações e remédios de anulação, e não de nulidade. As ações e remédios processuais contra as declarações dos votantes, de per si, podem ser de nulidade ou de anulação. Dá-se o mesmo a respeito das pessoas jurídicas cuja forma admite a deliberação por maioria. Deliberações nulas há, porém não são aquelas cuja invalidade resulta de nulidades ou anulações de votos: *a)* se a unanimidade era de exigir-se; *b)* se a lei mesma a disse nula (art. 145, V, *e.g.,* art. 1.372). Há também, deliberações inexistentes e a respeito delas a ação é a declaratória negativa. (a) A ação de anulação, como a declaratória, dirige-se contra a pessoa jurídica; se é a própria diretoria, ou representante em juízo, que a quer propor, dirige-se contra o substituto. A eficácia da sentença é a das sentenças constitutivas negativas; exercida, como é, contra a pessoa jurídica, tem eficácia contra todos os membros (a discussão a respeito, na doutrina alemã, é ociosa, e parte de conceito errado de "nulidade"). Tudo se passa como a respeito da sentença que decreta a não-inclusão do crédito, nos concursos de credores (cf. A.Wach, *Zur Lehre* uon *der Rechtskraft,* 18). O causador da invalidade é litisconsorte necessario. *(b)* A sentença na ação declaratória tem eficácia prô e contra a pessoa jurídica; portanto, para todos os membros. Não seria necessário citar a todos. O causador da inexistência é litisconsorte necessário. (c) A ação de qualquer membro para anulação do seu voto dirige-se contra a pessoa jurídica. A eficácia da sentença é pró e contra todos os membros. A ação de qualquer membro para anulação do voto de outro dirige-se contra esse outro e contra a pessoa jurídica, e não somente contra aquele, ou essa.

Nenhuma das sentenças acima referidas tem eficácia contra terceiros, se não foram citados. Por outro lado, o terceiro que argüiu a inexistência, ou a invalidade da deliberação, e obteve sentença favorável, não pode invocar a sentença contra terceiros. As sentenças (a), *(b)* e (c), desfavoráveis ao autor, não impedem a propositura da mesma ação por outro membro, ainda que a pessoa jurídica tenha sido parte: o exercício da pretensão à nulidade, à anulação ou à declaração por parte de um dos membros não exaure a pretensão dos outros (A. von Tuhr, *Der* Allgerneine *Teil,* 1, 520).

São titulares à pretensão à declaração de inexistência, ou de

existência, e à desconstituição das deliberações da assembléia quaisquer interessados, e não só os membros.

As ações por invalidade de deliberação, devido a falta ou irregularidade de convocação, ou por defeito no cômputo dos votos, ou insuficiência deles, são, no direito brasileiro, ações de anulação da assembléia e, pois, de suas deliberações, e não de nulidade.

§ 91. Diretoria

1.

Órgão diretivo. Assembléia e diretoria são órgãos necessários. Não há pessoa jurídica sem diretoria. Nem sem assembléia. Se os estatutos pudessem excluir a assembléia, os membros não teriam atuação na vida da pessoa jurídica. Se pudessem excluir a diretoria, faltaria o órgão para as relações exteriores. Se é certo que se poderia conceber pessoa jurídica cuja administração ficasse a cargo de outrem, não se conceberia pessoa jurídica sem órgão para a vida externa, ou para a captação da vontade social. A diretoria administra a pessoa jurídica; não é administrador dos membros. A assembléia é que lhe pode dar instruções; não os membros. Qualquer ação de regresso que lhe caiba é contra a pessoa jurídíca, e não contra a assembléia, ou contra os membros.

Quanto à posse das coisas, o diretório é como o servidor da posse (H. Dernburg, Das *Búrgerliche Recht,* III, 58, nota 7; C. Crome, *Svstem,* III, 25, nota 19; E. Strohal, Der Sachbesitz, *Jherings Jahrbúcher,* 38, 15); e não possuidor imediato (sem razão, G. Planck, *Kommentar,* III, 44, e L. Rosenberg, *Sachenrecht,* 39), como o locatário, ou o mandatário, salvo quanto áquilo de que tem custódia por atribuição pessoal.

2.

Diretoria e *funções diretivas.* Diretoria é o órgão executivo da pessoa

jurídica. Pode compor-se de uma, ou de duas, ou de mais pessoas; de regra, são membros da pessoa jurídica. E de exigir-se não ser absolutamente incapaz. Se há apenas incapacidade relativa por idade não é obstáculo. A eleição da diretoria é feita pela assembléia, ou por órgão intercalar, conforme os estatutos, ou por cooptação, mas a reforma dos estatutos, para se adotar outro modo de escolha que o de eleição por maioria da assembléia, exige unanimidade, devido ao princípio de igualdade dos membros. Nada impede que os estatutos façam integrável por pessoa nomeada pelo Governo federal, estadual, distrital, territorial, ou municipal, a diretoria (e.g,, Presidente nomeado pelo Governo federal, diretor de certo Banco, o Presidente de outra fundação).

Construtivamente, a escolha do diretório pela assembléia é negócio jurídico interno, pelo qual a pessoa jurídica, de que a assembléia é órgão, se cria ou provê a outro órgão. A eleição não é, porém, negócio jurídico bilateral entre a pessoa jurídica e o eleito; nem precisa ser comunicada ao eleito, por não ser receptícia a manifestação de vontade. Os estatutos podem exigir, para o começo da eficácia, a publicação, ou o decurso de certo prazo após a publicação. Seria errôneo invocarem-se aqui regras jurídicas peculiares à representação. Órgão não é representante. O órgão investe-se do poder, pela posse, mas tal poder de órgão não é poder de representação. O

eleito é designado como órgão desde que se ultimou a eleição e se fez a proclamação aos membros da assembléia. Não importa se essa dispensou, ou não, a comunicação , ou se à diretoria não ocorreu fazê-la, ou não na quis fazer. A chamada aceitação do cargo é assunção das obrigações correspondentes à função; e é supérflua, ainda para isso, se os estatutos impõem ao membro *o* exercido do cargo e fazem automática a investidura. Não há negócio jurídico bilateral de que a eleição e a aceitação sejam como oferta e aceitação, no sentido próprio. A perfeição da eleição independe de aceitá-la o eleito. Todavia, os estatutos podem prever contrato entre o eleito e a pessoa jurídica, o que é frequente quanto a técnicos; mas tal contrato não o faz representante, apenas se tem como elemento a mais para a constituição do órgão. Tal negócio jurídico bilateral há de ser entre a pessoa jurídica, por seu órgão, e o órgão que vai funcionar, segundo os estatutos. Então, o contrato, e não a eleição, é que se compõe de duas manifestações de vontade recepticias.

3. Deveres e obrigações dos *diretores.* A diretoria tem deveres e

obrigações perante a pessoa jurídica e perante terceiros. Se ocorre insolvência, ou falência da pessoa jurídica responde pelos danos que resultem de tardar em comunicá-la na forma da lei. Ou em não registrar o que precisa ser registrado.

Quanto ao exercício de presentação da pessoa jurídica *(=„* como órgão da vida exterior), a sua posição é a de órgão, — não a de representante legal, ou voluntário. O seu ato, como órgão, é ato da pessoa jurídica. A ele hão de se dirigir os atos jurídicos que se devem dirigir à pessoa jurídica. Os atos jurídicos que a pessoa jurídica haja de praticar pratica-os ele, como atos da pessoa jurídica. Os vícios de vontade *dele* são vícios de vontade da pessoa jurídica. Depende dos estatutos se pode contratar consigo mesmo, mas em geral pode cumprir deveres e obrigações (depositar na caixa o que deve, retirar o que pagou a mais). O art. 1.133 apanha os órgãos; exatamente porque admitimos o contrato consigo mesmo, — teve o Código Civil de redigir o art. 1.133, 1. E preciso evitar-se, aí, qualquer influência de direito estrangeiro.

Os estatutos é que traçam o poder do órgão, isto é, apontam os atos que pode praticar. A assembléia, de regra, não pode diminuir tal poder, sem modificação dos estatutos, nem distribuí-los diferentemente. Outrossim, aos estatutos cabe dizerem qual a forma, quais os trâmites e quais os recursos internos para que os atos tenham validade e eficácia. Há mínimo abaixo do qual não se pode reduzir o poder de presentação exterior. Não importa se só um dos membros da diretoria o tem.

Se a diretoria se compõe de duas ou mais pessoas, resta saber-se como se lhes deu o poder (administração, atuação extenor ativa, atuação exterior passiva). As manifestações de vontade dirigem-se a qualquer deles, se não há presidente da diretoria, e se a distribuição não consta do registro. Se não foi dito como os membros da diretoria resolvem, entende-se que se estabeleceu *o* principio majoritário; *quanto* aos *presentes,* se houve convocação: de modo que vale a decisão por um só (E. Hólder, *Aligerneiner Teil,* 150; Goldmann-Lilienthal, Das *Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 83; G. Planck, *Nommentar,* 1, 78). A responsabilidade dos diretores, se ocorre dano à pessoa jurídica, é solidária (W. Broicher, Die Rechtsstellung des mehrgliedrigen Vereinsvorstandes, *Archiv fúr Búrgerliches Recht,* 24, 202).

A destituição da diretoria é possível, pela unanimidade da assembléia.

Os estatutos podem prever a destituição cheia (por alguma razão grave) e por simples maioria da assembléia. Se a destituição somente pode ser cheia, a deliberação injusta é inválida e dá ensejo a ação de invalidade (constitutiva negativa), dirigida contra a pessoa jurídica. Podem os estatutos adotar a indestituibilídade ou a destituibilidade vazia. Quem escolhe é que pode destituir. A destituição opera ex *nunc.*

A exoneração a pedido pode dar-se sempre que os estatutos não exigem a permanência do membro como órgão.

Tal pedido, que é *denúncia,* se faz por declaração de vontade receptícia, dirigida ao órgão que é competente para a recepção: *a priori,* á assembléia ; a *posteriori,* segundo os estatutos.

Para efeitos contra terceiros, a ata de eleição deve ser levada ao registro, para a averbação; bem assim, as destituições e denúncias (ditas renúncias). A eficácia da averbação é somente: a) a de dispensar-se a prova de que o terceiro conhecia a eleição, ou a destituição, ou a denúncia; *b)* dar o ônus da prova ao terceiro, que alega não ser diretor *o* que consta do registro. A averbação não goza de fé pública. Se não foi feita a averbação, o terceiro pode ignorá-la e o ônus da prova de que o terceiro conhecia a mudança incumbe à pessoa jurídica.

Se houve mudança estatutária, os efeitos são apenas desde o registro; ao passo que as mudanças de pessoas, quaisquer, operam desde logo.

A pessoa jurídica pode ter, além de órgão, *representantes.* Aqui, os princípios da representação incidem integralmente. Tais pessoas não praticam atos da pessoa jurídica; representam-na.

Se um órgão social comete ato ilícito, a pessoa jurídica responde, porque o ato foi seu. A deliberação da assembléia não o escusa; nem a aprovação posterior. Todos são órgãos da pessoa jurídica. Além disso, a deliberação da assembléia é só *interna.* A responsabilidade é, então, dupla: do membro da pessoa jurídica, que é órgão da diretoria; e da pessoa jurídica (art. 15, onde a expressão “representantes” é a técnica). O art. 15 nada tem com os arts. 1.521, III, 1.522 e 1.523. A afirmativa da responsabilidade da pessoa jurídica, pelo ato ilícito do órgão, não pode ser destruída com a alegação e prova da *culpa in eligendo,* porque nada tem com a de quem se serve do empregado,

fundada em prova de negligência ou culpa. Tem-se procurado saber qual o fundamento para a distinção e é fácil atinar-se com ele.

§ 92. Membros de associações e sociedades

1. Conceito. *Membros* das associações ou das sociedades são as pessoas físicas ou jurídicas que formam a pluralidade *estável* de elementos-pessoas, necessária à criação e funcionamento das associações. Antes de se personificar, as associações e as sociedades já têm membros. O que se personifica não é a pluralidade estável de elementos-pessoas; é o que já resultou da entrada do suporte fático no mundo do direito, portanto a própria associação, ou a própria sociedade. Ser membro é participar como associado, ou sócio. Adquirem-se tal qualidade e os direitos e pretensões que dela resultam, com o ato constitutivo, ou com o contrato social, em que se inseriu a criação. Não depende da personificação: as associações e sociedades não personificadas já têm membros; a eles é que se entendem feitas, sob condição, as instituições de herdeiros e os legados. O ser membro é intransmissível, inter *vivos* e m *ortis causa;* o que é criável, pelos estatutos, é o direito do herdeiro, ou do sucessor entre vivos, a ser membro. Por outro lado, não existe, em princípio, direito a ser admitido como sócio ou associado (direito formativo gerador); mas ato constitutivo pode estabelecê-lo a favor de determinadas pessoas (e.g., empregado de uma fábrica). Nas próprias sociedades por ações, a ação é que se transfere, não a qualidade da acionista; cada acionista é acionista, ex *novo.*

A qualidade de membro, a membridade *(Mitgliedschaft),* éo que resulta da relação jurídica de participação corporativa (associativa, social); os direitos resultam dessa relação jurídica. Não há direito de membro, há direitos oriundos da relação jurídica de membridade. Relações jurídicas não se transmitem; transmitem-se direitos. A entrada como associado ou como sócio é negócio jurídico, porque se adere ao que foi negociado: a entrada apenas inverte a posição do suporte fático, relativamente ao novo associado ou sócio; em vez de união, criação, personificação, — criação, personificação, adesão à união. Se a associação não foi derivada de negócio jurídico, mas de lei ou ato administrativo de acordo com a lei, a entrada é adesão à figura que se construiu para a relação jurídica entre os primeiros associados ou sócios. Se o ato constitutivo permitiu que o herdeiro, ou o cessionário, sucedesse ao associado ou sócio, apenas se estabeleceu que, se o herdeiro ou o cessionário assente (bilateralidade), pode ser associado

ou sócio. A dispositividade da regra jurídica que diz “Se *o* ato constitutivo o permite, ou *o* estabelece, *o* herdeiro ou *o* cessionário sucede ao sócio”, não envolve mais do que declaração de vontade, pré-emitida no ato constitutivo, dependente de aceitação.

(Não há qualquer inconveniente em se falar de *qualidade de* membro, de mem *bridade,* porque, em verdade, se alude ao fato de alguém ter os direitos de associado, ou sócio, ou membro. Não é o mesmo que se falar de pessoa, como qualidade: pessoa é alguém, não se *tem* a qualidade de pessoa. A qualidade de membro não se confunde com a qualidade de comuneiro, porque esses só estão em relação jurídica *entre* si, ao passo que, na associação e na sociedade, há as relações entre *o* membro e a entidade criada. As relações jurídicas entre membros são criáveis pelo ato constitutivo, porém são elas raras, e A. von Tuhr, Der *Allgemeine Teil,* 1, 542, nota 1, in *fine,* viu ai analogia com a estipulação a favor de terceiro.)

Na vida da associação ou da sociedade, ou se tem por órgão o membro, ou somente como peça de órgão, que é a assembléia . Tem-se de eliminar a função transitória, como a de designação do membro para representar a pessoa jurídica em solenidade, para que não se obscureça a questão. A função, que têm os membros, de guardar os bens da pessoa jurídica ou de exercer os seus direitos específicos de uso deles, é a de servidores da posse (art. 487), e não a de possuidores imediatos (art. 486): a ação possessória há de ir contra a pessoa jurídica, e não contra eles.

Não há direito de mão comum ou direito de comuneiro das coisas pertencentes à pessoa jurídica; a relação jurídica é sempre entre o membro e a pessoa jurídica, ainda que estejam em causa uso em comum (fático!) das coisas ou atritos dos membros, no usarem. Tudo isso mostra que os membros são órgãos da pessoa juridica, ainda fora da assembléia geral, que é órgão composto de órgãos. Membro é *o* órgão de menor poder e sem presentação, mas órgão. A carência de presentação é que explica o poder ser, *a priori,* juiz árbitro, o poder ser testemunha, no processo em que é parte a pessoa jurídica; e o não poder depor como parte.

2. *Qualidade de membro.* A qualidade de membro supõe *unidade* para todos, pelo menos quanto a um ou alguns direitos. Não seria arquitetável a entidade em que os membros não tivessem, pelo menos, um direito igual. Por isso mesmo que a membridade pode encher-se de

um ou mais direitos, é possivel círculos concêntricôs , em que os que estão nos círculos mais largos têm todos os direitos dos membros dos círculos interiores. E, por exemplo, o caso das entidades com entidades-filhas, em que os membros dessas o são daquelas, porém não vice-versa.

Outra figura é a das entidades de círculos tangenciados em que os membros de cada um têm certos direitos nos outros. Outra, ainda, a das entidades permeáveis por alternativa.

3. *Incapazes e* pessoas jurídicas. Podem ser membros da associação ou da sociedade os incapazes e as pessoas *jurid* mas. Aqueles são representados ou assistidos de acordo com a lei, e essas têm seus órgãos. Em princípio, não se permite a representação dos associados ou sócios, o que é *ius dispositivum;* mas isso não exclui a representação legal e a atividade dos órgãos das pessoas juridicas. Se o ser membro foi atribuido a associação ou sociedade sem capacidade de direito (= não personíficada)~ sao membros todos os que a formam, em mão comum, com um só voto e um só dever de contribuição (O. von Gierke, Nicht rechtfähige Vereine aIs Mitglieder, Deutsche Juristen-ZeituIlg, 12, 207 s *.;* com ele, L. Enfleccerus, Lehrbuch, 1, 30º-34º ed., 256). Se membro é alguma fundação ainda não personificada, entende-se que é sócio ou associado, até que ela se personifique, o administrador ou indicado para isso, como negotiorufll *gestor.*

4. Direitos e *deveres.* Da relação juridica de membridada irradiam-se direitos, pretensões, deveres e obrigação, dentre os quais alguns direitos *específicos* e algumas obrigações especificas. Não se trata de simples *eficácia reflexo* da constituição corporativa, como pareceu a P. Laband, em 1874. Direitos específicos são, principalmente: a) *o* direito de tomar parte nas assembléias; *b) o* direito de votar; c) *o* de eleição ativo e passivo; *d)* o direito de pedir convocações (quase sempre dependente do número mínimo de titulares, em ato coletivo); *e)* os direitos de uso dos bens destinados, em comum, *pro indiviso,* ou *pro* diviso, aos associados e sócios; h os direitos e pretensões a dividendos, ou cotas de lucros; g) o direito à quota de liquidação, se extinta a associação ou sociedade. Os direitos de a) a *d)* são *direitos organizotivos,* direitos de *participação social;* os de e) a g), *direitos de valor.* As obrigações especificas são as de pagar quotas e as de assumir cargos; ou de comparecer às assembléias e reuniões de comemoração, ou outras, e de frequência, se é previsto no ato constitutivo, ou, por

outra maneira, se o ato constitutivo o prevê. Os direitos dependem do ato constitutivo, ou, se esse o promete, de deliberação da assembléia. Os direitos específicos gerais (= de todos os membros) são suscetiveis de alteração ou supressão, ex *nunc,* por deliberação da assembléia, ou, se constam dos estatutos, por deliberação da assembléia para a mudança dos estatutos; desde que a alteração ou supressão também seja geral.

5. *Princípio de igualdade.* (a) Existe, para as assembléias e demais corpos de codecisão, princípio de direito privativo (simétrico ao de direito constitucional, Constituição de 1988, art. 5º caput: igualdade perante a lei, isonomia), segundo o qual não se podem tratar diferentemente alguns ou algum membro, se eram todos eles, antes, tratados igualmente (direitos específicos gerais), salvo se os demais o querem e esse ou esses mesmos assentem (portanto: todos). É o *princípio de igualdade perante as assembléias) diretoria e demais órgõos,* ou *princípio de igualdade de trataniento social* (cf. H. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbucl-i,* 1, SOs.; J. Kohler, *Lehrbuch,* 1, § 172, III, 1; A. von Tubr, *Der Aligerneine Teil,* 1, 512; O. Warneyer, *Kommeníor,* 1, 65; destoante, A. Leist, *Untersuchungen,* 31, 81 e 96). A deliberação que trata desigualmente o membro ou alguns membros, sem que ele assinta, usurpa, invade a esfera jurídica daquele, ou desses, porque eles criaram a entidade, sendo igual aos outros, querendo que a igualdade fosse respeitada. Se não se considerasse princípio fundamental o de igualdade de tratamento, ter-se-ia o absurdo de a maioria diminuir o número de sócios e excluir a minoria. As deliberações que o infringem são inválidas, por *ilícitas; e.g.,* se foram excluídas de associados ou de sócios, ou de algum direito específico geral, as mulheres, ou os nascidos noutro país ou Estado Federado, ou Município.

Os direitos-específicos preferentes *(Sonderrech te)* são aqueles que pertencem aos membros, sem que todos os membros os tenham. Nasceram da desigualdade, embora sem infração dos princípios; razão por que, para os eliminar ou diminuir, se precisa do assentimento dos seus titulares. Tal *o* verdadeiro conceito, que se presta à doutrina e muito *nos* revela da natureza dos direitos específicos e da dupla classe em que se distribuem. Direitos específicos preferentes são os que, pelos estatutos, se atribuem a um, alguns ou classe de membros. Já P. Laband fixava-o, em 1374 (sobre isso, K. Lebmann, Einzelrecht und Mehrheítswille, *Archiv* fúr *Búrgerliches Recht,* IX, 301 s.). O que

pertence a todos os membros não é direito específico preferente; é especifico geral. Dai as críticas, que sofreu, por exemplo, 6. Planck, nas edições anteriores à da ed. do *Kommentar.* O princípio igualitário rege os direitos específicos gerais e os preferentes da mesma classe, embora, para a preferência, se haja aberto exceção àquele; e é tal principio que impede eliminar-se ou diminuir-se *o* direito específico geral contra um ou alguns membros e outros não. O direito de voto plural, que é especifico (voto) e preferente (plural). *o* direito a ser diretor de tal departamento, que é realização da possibilidade de ser direito mais preferência, a dispensa de contribuição, que é preferência que elimina obrigação específica, a maior participação nos lucros, que é direito específico (participação) e preferente (maior), o direito de uso exclusivo, ou em classe, do salão de conferências, todos eles são direitos específicos preferentes. Depende do ato constitutivo, ou de alteração dele, de acordo com ele. Se não se previu como se haviam de criar, só a unanimidade os faz. Se a assembléia, por unanimidade, os cria, sem que os provisse o ato constitutivo originário ou alterado, tem-se de saber: se a) a deliberação não se choca com ele e, então, validamente se criaram, de.modo que só o assentimento do interessado pode servir ao cancelamento ou diminuição; ou se *b)* a deliberação não foi discorde com o ato constitutivo originário, ou alterado, mas com a ressalva, explícita ou implícita, de revogabilidade por outra deliberação de todos, ou da maioria da assembléia; ou se *c)* foi contrária ao ato constitutivo originário ou alterado, espécie em que não *vale.*

(b) Se o ato constitutivo exige unanimidade, ou maioria absoluta, ou de dois terços, ou outra, especial, não se pode suprimir ou modificar a regra estatutária, que o exige, sem que exista essa maioria, se ainda mais não exigira o ato constitutivo (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30º-34º ed., 259).

(c) Se as alterações aos direitos específicos gerais dos associados, ou sócios, implicam modificação do *fim* social, é de exigir-se a unanimidade, salvo se se previu a alteração e se preestabeleceu o número de votos minímo; e.g., transformação de cooperativa em associação de beneficência, ou sociedade de seguros mútuos em sociedade de seguros com qualquer pessoa, ou para a cidade A, em vez de para a cidade B.

6. Direitos específicos preferentes. Tratando-se *de direitos especificos*

preferentes (ou excepcionais), que correspondem, pelo ato constitutivo, ou por deliberação permitida pelo ato constitutivo, a um membro ou a alguns membros, somente se podem alterar, para menos, ou excluir, se *a)* o ato constitutivo o previu, ou o previu a própria deliberação permitida pelo ato constitutivo, ou b) *o* titular assentiu, eg., direito de voto preferencial, direito a posto na direção, ou na gerência, ou em cadeiras, ou agências, direito a percentagem maior nos dividendos, ou ao que se liquidar na extinção da pessoa jurídica, ou à aquisição de quotas de associados ou sócios que se retiram. O conceito de direito especifico preferente, ou excepcional, corresponde ao de *Sonderrecht,* criado desde o século XIX e contido no § 35 do Código Civil alemão, que a princípio deu ensejo a graves discordâncias, a despeito da clareza de E. Regelsberger *(Pandekten,* 331 s.); cf. L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 257

5.; C. Crome, *Systern,* 1, 250; E. Zitelmann, *Alíqemeiner Teil,* 65; E. Hôlder, *Alígemeiner Teil,* 153; P.

Oertmann, *Alígerneiner Teil,* 128; e P. Knoke, 6. Planck *(Komrnentar,* 1, 1ª ed., 93 s., contra as edições anteriores). A construção de *a)* é a de direito especifico preferente subordinado a condição resolutiva (que não infrínge o art. 115, porque não há identidade entre a vontade da entidade e a da assembléia, no que é concernente a direitos e deveres dos associados ou sócios). A opinião que considerava indistintos os direitos específicos gerais e os preferentes, ou a membridade e os direitos preferentes como uma só classe, *os Sonderrechte* (J.

Kohler, *Lehrbuch,* 1, 396; B. Matthiass, *Lehrbuch, 8ª, 7ª* ed., 57; Markowitsch, Das *Problem der Sonderrech te,* 172; e 6. Planck, edições 1ª a 3º), foi repelida.

O *direito de voto* é direito formativo (gerador, nas eleições; modificativo, e.g., nas alterações de estatutos; extintivo, nas exclusões e dissoluções). A afirmação, que fazemos, opõe-se à construção de A. von Tuhr *(Der Alígemeine Teil,* 1, 551), para quem se trataria de simples faculdade de poder. Ora, o poder que tem o representante, digamos, o mandatário, é todo o conteúdo do que se lhe outorgou, ao passo que o direito de voto é direito por si, que pode estar, ou não, incluído no rol de direitos e poderes que tem o membro de pessoa jurídica.

Quanto à capacidade eleitoral passiva (elegibilidade para órgão, ou membro de órgão), não é direito, é possibilidade de ter direito, que não se pode eliminar nem restringir sem se atenderem os princípios.

A qualidade de membro é à semelhança da participação do homem na vida social estatalizada; sociologicamente, aí está imagem das primitivas, das antigas e das modernas organizações estatais (em sentido amplo). O homem é membro da sociedade em que vive, como o é do Estado de que é nacional e das associações e sociedades, em que se fez associado ou sócio. Todos sabemos como daí se partiu para teorias que exageraram *o* traço comum e quase ou como que "publicizaram" as pessoas jurídicas. Viu-se o que era igual sem se ver a diferença. O que há de *comum* às pessoas jurídicas de direito constitucional, que legislam, e às outras pessoas jurídicas, que têm de adotar regras para as relações internas entre elas e os seus membros, sugeriu que se tratassem as violações das regras estatais de que nascem os específicos direitos organizativos (aqueles a que J. Kohler chamou, sem vantagem, direitos administrativos) á semelhança das violações das regras *legais* de que nascem direitos em geral.

A *autodeterminação* havia de ter conseqüências semelhantes às da *autonomia,* posto que inconfundíveis autodeterminação e autonomia. Aliás, não se poderia imaginar outra sanção mais apropriada à violação de regras, que a invalidade, ainda quando se viole sem se ferirem direitos de outrem (e.q., invalídade de eleição, invalidade de convocação).

Algumas regras estatutárias são programáticas. Vale dizer-se: o ato constitutivo deixa a matéria, de que se trata, apenas programada; um dos órgãos ou alguns deles a terão de realizar. Não há, ainda, a regra, que, incidindo sobre suporte fático (necessidade de assistência, maior colaboração social, maior número de vítimas em jogos), o introduza no circulo social e do fato se irradie o direito. Cada membro, ou alguns membros, ou todos só têm expectativa. Já não é só isso o que eles têm quando se fixa prazo aos órgãos, porque há, então, pretensão a que o órgão realize *o* que foi programado.

7. *Contribuição dos membros.* A contribuição dos membros pode ser patrimonial, de serviços, de função de órgão social, ou de alguma atividade ou omissão, que corresponda aos fins da pessoa jurídica. A função do membro de associação religiosa, política, político-partidária, ou ética, pode ser única e só consistir em prestação de solidariedade. Por isso, a concepção da qualidade de membro como irrenunciável seria em tantas espécies ofensiva da liberdade de

pensamento e de expressão do pensamento que se assentou o *princípio da egressibilidade.* No adimplir os seus deveres e obrigações, o membro responde por toda a culpa (cp. art. 1.380).

Aos deveres e obrigações dos membros correspondem, quando não adimplidos, ações da pessoa jurídica para o adimplemento, sempre que não se trate de direitos ou pretensões não providos ou desprovidos de ação. De ordinário, o ato constitutivo contém *penalidades* (multas, suspensão de alguns direitos, exclusão), que algum órgão aplica, sem se excluir a eventual apreciação judicial.

Há obrigações *sociais gerais ou* específicas, isto é, comuns a todos os membros, e *obrigações* sociais ou *específicas excep* cionais, como as que têm, estatutariamente, os sócios novos de prestarem serviços antes dos outros. Nada obsta a que os estatutos ou as alterações dos estatutos criem classe de sócios novos,que hão de contribuir com prestações maiores. Tais distinções, quanto a membros antigos, são ilícitas sem o assentimento de todos eles.

Se o ato constitutivo não cogitou de contribuição patrimonial, não se deve contribuição; porém isso não obsta à alteração do ato constitutivo. Não se pode aumentar a contribuição do membro da sociedade por maioria, se o ato constitutivo não no permitiu; *aliter,* quanto às associações. Se o ato constitutivo não permitiu aumento pela maioria, é possível alterar-se *o* ato constitutivo, de acordo com as regras das alterações. Sem unanimidade dos membros da associação ou da sociedade não se pode reduzir ou eliminar a alguns, ou a um, a contribuição: ferir-se-ia o princípio de igualdade.

Todavia, seria erro pensar-se (e A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* 1, 551, incidiu nele) que caracteriza os direitos específicos organizativos o serem inválidas as resoluções que os firam. O que tem tal conseqüência não é a espécie dos direitos, meros efeitos, que são todos; o que dá causa à invalidade é serem os atos dos órgãos contrários às regras da pessoa jurídica: é ir-se contra regra que, *embora não seja lei,* é cogente, para a pessoa jurídica e para os membros, e ter a *lei* adotado a sanção da invalidade.

8.

Qualidade de membro, intransmissibilidade. A qualidade de membro não

se transfere, nem se transmite. É

relação jurídica. Quando *o* ato constitutivo diz que é transmissível, entende-se haver proposição elíptica, isto é, que o novo membro se investe, ex *novo,* na qualidade de membro com sucessão nos direitos e deveres que possam ser transmitidos. O ato constitutivo pode criar pressupostos materiais e formais à nova investidura.

Todo membro tem voto, salvo se os estatutos estabelecem diferentemente. Em princípio, tem-se por excluído da votação o membro quando se haja de deliberar sobre negócio jurídico com ele, ou sobre direito, pretensão, ação ou exceção, de que seja titular a pessoa jurídica e sujeito passivo o membro, ou vice-versa. Há, então, colisão de interesses: é como membro que se pronunciaria, a respeito de si mesmo, como estranho. Mas o princípio não concerne às eleições: salvo regra estatutária diferente, qualquer membro pode votar em si mesmo; porque, como membro, se reputa o indicado para o cargo, ou função. Se, nos assuntos em que não deveria votar, o membro vota e, não computado o seu voto, houve número para deliberação e decisão, apenas se tem por inválido o voto, e não a deliberação.

O voto é livre. O membro não tem de votar em certo sentido, nem é responsável por votar mal e contra os interesses da pessoa jurídica. Nem se pode exigir que vote segundo promeTeu, ou, sequer, que vote no sentido que defendeu, ou liderou. De regra, os acordos sobre como se há de votar são negócios jurídicos nulos, por ilicitude. Por outro lado, não importa se o voto foi ruinoso para a pessoa jurídica, ou se apenas não foi acertado.

A deliberação da maioria, em si, pode ser contra a lei, como contra os fins da pessoa jurídica, ou contra os estatutos, e pode ser-lhe decretada a invalidade; mas isso é outra questão.

Os estatutos devem dizer como se tomam os votos e como se documenta a deliberação.

§ 93. Ingresso de membros novos

1. *Membros novos.* Para ingresso dos membros novos da associação, ou

das sociedades, é preciso *declaração de vontade.* Quanto aos membros honorários, ou com cargos honoríficos, pode antecipar-se a investidura: elege-se, ou nomeia-se o membro, presidente, vice-presidente, ou protetor honorário, e esse pode, apenas, renunciar. A regra jurídica de exceção está nos costumes do sistema jurídico brasileiro. As pessoas incapazes são representadas, ou assistidas, observando-se o que for exigido, na espécie, quanto à autorização judicial. As pessoas jurídicas ingressam por declarações suas de vontade, que os seus órgãos fazem. A declaração de vontade para ingresso é negócio jurídico, que, à semelhança das ofertas contratuais, se vai ligar à aceitação (admissão do membro) para formar o negócio jurídico bilateral do ingresso de membro novo. Não se trata de contrato; trata-se de negócio jurídico bilateral que não é contrato. A declaração de vontade do ingressando é revogável até o momento em que se submete à votação para admissão, salvo se feita de acordo com ato constitutivo, que a diga recepticia ou, por exemplo, só revogável até à convocação de órgão que tenha de admitir ou não admitir. Não se confunda, porém, a recepticiedade, ou *o* prazo segundo a lei (art. 1.080-1.086), e a irrevogabilidade da declaração de vontade do ingressando, em que a regra estatutária se entende inserta na declaração de vontade, como parte dela.

2. *Natureza do* ato de *admissão.* (a) A admissão de novos membros é declaração de vontade da associação ou sociedade, de regra não-receptícia; compete à assembléia, se outro órgão não foi indicado pelo ato constitutivo. O

ato é da pessoa jurídica e, salvo cláusula do ato constitutivo, não tem de ser dirigido ao ingressante, nem comunicado a ele. Todavia, o ato constitutivo pode estabelecer quais os pressupostos subjetivos e objetivos dos ingressandos e tornar *o* negócio jurídico de ingresso *aceitação* à declaração de vontade da pessoa jurídica. Dá-se, apenas, inversão: o que, de ordinário, é aceitação (e admissão de membro), passa a ser oferta, e vice-versa.

Exemplo: basta, segundo o ato constitutivo, a simples comunicação de ter tomado posse do cargo para que o empregado da repartição tal, ou da empresa tal, se faça membro da associação de beneficência. Quanto às jóias ou quotas de ingresso, ou a) elas foram concebidas como efeito do ato jurídico de ingresso e, pois, dívida do ingressante, ou *b)* foram concebidas como integrante do ato público de ingresso. Na dúvida, entende-se *a),* e não *b).*

(b) Se a admissão foi confiada a órgão que não a assembléia, tem-se procurado ver, aí, contrato, e não negócio jurídico bilateral diferente do contrato (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1, 543 sj. Ora, o diretório, ou outro órgão, que os estatutos hajam apontado, são órgãos, como a assembléia, salvo se ficou dependente dessa a apuração do ato de admissão. Se *o* órgão se afasta das regras estatutárias, ocorre a não-validade do seu ato, como ocorreria se a infração partisse da assembléia.

§ 94. Perda da qualidade de membro

1.

Direito *à egressão.* Há *princípio da egressibulidade dos membros das pessoas jurídicas.* As exceções ao principio são, apenas, por determinado tempo, ou com perda do que levou à associação *(aliter,* quanto à sociedade), se não houve razão para o egresso ou renúncia. Tais exceções têm de constar do ato constitutivo (cf.

arts. 1.404-1.406). Além da retirada, egressão ou renúncia, pode o ato constitutivo prever que, ocorrendo certa circunstância, o membro perca a qualidade; o egresso é, então, efeito *ipso* facto. Por exemplo: o membro da associação beneficente deixou de ser empregado da empresa tal; deixou de ser juiz; mudou de domicílio; perdeu a nacionalidade; deixou a profissão que era pressuposto necessário da admissão de membro. Além da retirada e da perda *ipso facto,* há a *exclusão.*

2. *Retirada do membro* . Qualquer membro pode retirar-se da associação ou sociedade (retirada, "renúncia" à membridade). Qual a repercussão da retirada sobre a associação ou a sociedade, rege o ato constitutivo ou a lei (arts. 1.404-1.406 e 1.399, V). Com a retirada, extinguem-se os *direitos organizativos;* persistem os *direitos de valor* e as obrigações do ano anterior A renúncia é declaração unilateral de vontade, dirigida ao órgão que *o* ato constitutivo haja indicado (pode não ser o órgão competente para a admissão de membros); de regra, é recepticia, e entende-se, dispositivamente, que o é. As restrições temporais que podem ser feitas à renúncia são as do ano financeiro, ou social, e o prazo de denúncia, dito, vulgarmente, prazo de aviso prévio. As outras restrições são ilícitas, porque ofenderiam o *princípio da egressibilidade.* Também é ilícita a restrição de só se poder renunciar havendo razão para isso: seria transformar a renúncia em exercício de direito formativo extintivo, que emanaria do fato em que consistisse a razão. A razão pode ser levada em conta para a perda, ou não, do com que se contribuiu para a associação. Pode o ato constitutivo exigir a forma escrita, assinada e testemunbada, com firmas reconhecidas, ou a escritura pública (E. Flólder *Alígemeiner Teil,* 156; P. Oertmann, *Aligemeiner Teil,* 146; sem razão, O. Planck, *Kommentar,* 1, Q ed., 99; A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* 1, 544). No sistema jurídico brasileiro, o art. 133 é *de* atender-se; e não há razão para que só se

possa exigir a forma escrita, como G. Planck e O. Warneyer *(Kommentar,* 1, 70).

Toda. a eficácia da renúncia é ex *nunc.*

3.

Exclusão, expulsão, destituição. (a) A *exclusão* da associação, ou da sociedade, depende de ato constitutivo que a permita. Se os estatutos não dizem quais as causas para se excluir o associado, *ou* sócio, basta a *causa grave,* principalmente *o* comportamento indigno; aliás, subentende-se a cláusula da excluíbilidade pela falta grave, ainda que o ato constitutivo nada tenha dito sobre exclusão. Assim, P. Oertmann *(Allgemeiner Teil,* 140; H. Rehbein *(Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 49); L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 259; A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* 1, 545; J. W. Hedemann, Ausstossung aus Vereinen, *Archio fOr Búrgerliches Recht,* 38, 13, 134). Discute-se se basta o estar agindo dolosamente contra a associação ou sociedade; a resposta é afirmativa (E Regelsberger, *Pandekten,* 333; A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* 5, 545; G. Planck, *Kommentar,* 1, 4º ed., 99 s.). Podem-se estabelecer limites à exclusão; não se pode permitir a exclusão arbitrária, sem causa (R. Leonhard, *Allgemeiner Teil,* 127, nota 3; sem razão, A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil!,* 1, 545). Pela exclusão, extinguem-se todos os direitos específicos gerais e também se apagam todos os direitos específicos preferentes. Resta saber-se se a perda dos direitos específicos preferentes tem efeito reflexo na exclusão do associado ou sócio; e a resposta é negativa, salvo se, de acordo com *o* ato constitutivo antes da alteração, o associado era condicionado a ter tais direitos (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 66; diferente, P. Oertmann, *Alígemeiner Teil,* 134).

(b) A exclusão só se pode dar enquanto a pessoa é membro (O. Planck, *Kommentar,* 1, 3ª ed., 101). Se isso não ocorre, a ação a propor-se não é a constitutiva negativa, mas a declarativa negativa de eficácia (O. Planck, 101:

"... so kann auf Feststellung seiner Unwirksamkeit gel□lagt werden"; sem razão, O. Lenel, Kann em ausgetretenes Vereinsmitglied seine nacherige Ausschliessung aIs nichtig bekämpfen, *Deutsche Juristen-Zeitung,* 18, 84 s., que alegou a falta de interesse). Enquanto há recurso para outro órgão, da ação declaratória é de propor-se? Responde negativameute O. Warneyer *(Kommentar,* 1, 67); mas sem

razão: qualquer manifestação de órgão da associação ou da sociedade, que dê ao não-membro como membro, ainda que não lhe pretenda aplicar penas, ou exclui-lo, dá ensejo à ação declaratária negativa. Uma vez que não mais é membro, não se pode exigir que primeiro esgote os recursos: o ato constitutivo nada mais lhe pode determinar; as regras que nele se contêm não são regras juridicas, mas regras estatutárias para os que são membros. Aliás, tal ação pode ser interposta contra terceiro, se há interesse em que se declare a existência da membridade; como a ação declaratória positiva, se se pretende a declaração de que o autor é membro da associação ou sociedade (G. Planck, *Kommentar,* 1, Q ed., 92).

§ 95. Questões entre a pessoa jurídica e os membros

1. *Situações ativas e passivas.* As questões entre os membros e a pessoa juridica podem ser suscitadas perante os tribunais. O ato constitutivo não pode excluir a apreciação judicial (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1, 547; Hans CarI Nipperdey, L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 39º ed., § 105, IX); nem mesmo a lei o poderia (Constituição de 1988, art. 5º, XXXV): desde o momento em que se conferiu personalidade jurídica à associação, ou à sociedade, os membros podem ser ofendidos ou lesados por ela, ou ela por eles; e a eliminação estatutária da *pretensão à tutela jurídica,* que a lei mesma não poderia "excluir da apreciação judicial", seria a invasão do direito público e violação do direito constitucional (cf. 1(. Hellwig, *Lehrbuch,* 1, 167 S.; sem razão, de todo, P. Langheineken, *Anspruch* und *Em rede,* 192). No Brasil, a formulação constitucional do princípio da ineliminabilidade da pretensão à tutela jurídica pela lei deu maior força ao princípio; e honra os que o inseriram na Constituição de 1988, e nas anteriores. Se lei não pode, vontade, individual, coletiva, ou corporativa, não pode. Quanto aos recursos *dentro* da organização da pessoa juridica, não podem ser mais do que degraus, que os membros, não os ex-membros, têm de subir, antes de proporem ações nos tribunais. Quanto a submissão compulsória das questões entre associados, ou sócios, e a pessoa jurídica, regem os princípios gerais, — não podendo, é claro, ser árbitro em causa sua o que é parte; nem órgão da pessoa jurídica, porque seria ela. Aqui, como a respeito de quaisquer controvérsias, a apreciação judicial, final, é ineliminável.

2.

Validade das exclusões. No julgar a *validade* das exclusões de associados e sócios, tem a justiça de apreciar a *validade formal,* isto é, se obedecem aos estatutos e se cabia a cláusula permissiva *(e.g.,* se não infringem o princípio da vedação do arbítrio na exclusão). Discute-se se pode o juiz descer ao exame da causa para a exclusão e apreciar o ato da assembléia, ou de outro órgão, eliminativo do membro *(validade material).* A resposta é afirmativa: pode o juiz descer à verificação da justiça na apreciação do fato, que motivou a exclusão (A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* 1, 547; G. Planck, *Kommentar,* 1, 4º ed., 100; E Oertmann, *Alíqerneiner Teil,* 1, 132; 3. Biermann, *Búrgerliches Recht,* 1, 496). A opinião contrária (E. Eck, *Vortrãge,* 1, 63; O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht,* 1, 535; J. Kohler, *Lehrbuch,* 1, 373; O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 67) é de afastar-se; bem assim a que lança mão, como essa, do argumento da auto determinação e auto-administração da associação ou sociedade, mas admite a exceção em caso de injustiça *notória* ou *manifesta,* expressões que a outros respeitos temos exprobrado aos legisladores e, *a fortiori,* aos doutrinadores *(e.g., 3.* W. Hedemann, Ausstossung aus Vereinen, *Archiv fOr Btirgerliches Recht,* 38, 132 s. e 139; L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 260). Há invalidade

em se excluir o membro, sem se lhe dar ensejo de defender-se (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 67); ou se não foi convocado, salvo se houve a convocação geral com a indicação do fim. A exclusão ilegal, ou contrária aos estatutos, dá a ação constitutiva negativa, — não a ação declarativa positiva. Todavia, a exclusão por órgão incompetente é *ineficaz* e não só *não-válida;* e cabe a ação declarativa positiva. O membro excluído contrariamente a direito pode pedir indenização (O. Planck, *Komentar,* 1, 4º ed., 101).

§ 96. Ato do órgão

1.

Responsabilidade da pessoa jurídica. A doutrina da responsabilidade da pessoa jurídica pelo ato do órgão está perfeitamente assente no direito brasileiro, *de lege lata* (Constituição de 1988, art. 37, § 6º Código Civil, art.

15, onde “representantes” está por órgãos). A responsabilidade das pessoas jurídicas pelo ato do representante, em sentido próprio, *e.g.,*

pelo ato do mandatário, rege-se por outros princípios, que são os mesmos para os representantes das pessoas físicas e para os representantes das pessoas jurídicas. Não se pode, por exemplo, invocar o art. 15 para se nele fundar a responsabilidade da pessoa jurídica pelo ato do condutor de veículo a seu serviço (1º

Turma do Supremo Tribunal Federal, 18 de janeiro de 1943, *EDA* 1, 146), — tem-se de invocar o art. 1.521, III.

Cada pessoa jurídica responde pelo ato do seu órgão, incluídos os funcionários públicos. A União não responde pelo ato do funcionário estadual (1º Turma do Tribunal Federal de Recursos, 24 de maio de 1949, *1W* 127/98), distrital, ou municipal, nem o Estado Federado, ou o Distrito Federal, ou o Município, pelo ato do funcionário público da União, nem o Estado Federado, pelo ato do funcionário público do Município.

Às vezes, o funcionário público, sem ser demitido, ou posto em disponibilidade, ou aposentado, ou reformado, deixa de estar engatado na engrenagem da administração pública, a que pertence, tal como acontece com o juiz estadual, que passa a servir como juiz eleitoral (federal), ou com a força militar estadual que é requisitada e fica sob o comando da autoridade federal. Então, não há pensar-se em responsabilidade da entidade estatal, de que provém, porque tal entidade deixou de ter ao seu funcionário, se bem que temporariamente, como órgão (4º

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 10 de maio de 1939, *RT* 122/169). A relação jurídica de direito público entre a entidade e o funcionário público não basta para tornar ato de órgão o ato do funcionário, se o funcionário não está em função, como se passou a funcionar como órgão de outra entidade. A espécie, que a 1ª

Câmara examinou, foi típica: "se as forças militares de um Estado, às quais se imputam fatos danosos, estavam sob o comando supremo da Região Militar com sede nesse Estado, estavam *ipso facto* incorporadas ás forças federais, sob um comando federal, no exercício de uma função federal. Os atos por elas praticados não podem ser inculcados ao Estado para os efeitos da responsabilidade civil". Quando o órgão passa a funcionar, como ôrgão, em entidade que não é aquela a que pertence, *o* ato, que pratique, é da entidade em que se inseriu, por convocação, requisição, ou outro ato intra-estatal, ou interestatal *(e.g.,* funcionário público estrangeiro que veio servir como órgão, na

administração pública brasileira). Não é de afastar-se a hipótese do funcionário supraestatal que venha servir na entidade estatal, ou interestatal; ou vice-versa.

2.

Pessoas jurídicas estatais. (a) Quanto à responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público estatais (União, Estados Federados, Distrito-Federal, Territórios, Municípios), a exemplo das de direito privado prestadoras de serviços públicos, *pelo ato dos seus funcionários,* ditos públicos, rege o princípio do art. 37 § 6º, da Constituição de 1988, em que não *á* pressuposto a culpa (2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 18 de agosto de 1942, *RT* 147/328; 12 de janeiro de 1944, *RDA* II, 230; fl Turma, 11 de junho de 1945, V, 159, durante movimento revolucionário; e 3 de janeiro çle 1946, X, 141; Supremo Tribunal Federal, 20 de junho de 1948, 20/45; voto vencido de Filadelfo Azevedo, no acórdão do Supremo Tribunal Federal, a 12 de abril de 1943, *RDA* 1, 561; Supremo Tribunal Federal, 13 de abril de 1949, *AJ* 93/16; 2ª Turma, 25 de outubro de 1949, *1W* 129/444; Supremo Tribunal Federal, 1º de junho de 1950, 132/406; 2ª Turma, 21 de abril de 1949, RDA 24/246; 3º

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 7 de fevereiro de 1945, *RT* 156/257; 1ª Câmara, 1º de junho de 1948, 175/619; 1ª Câmara, 19 de agosto de 1948, 176/570; 2ª Câmara, 16 de novembro de 1948, 178/830 5º

Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de fevereiro de 1950, 185/804). Sem razão, pela confusão com a regra jurídica dos arts. 159 *e* 1.521,111: dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal, a 12 de abril de 1943, *RDA* 1/603 e 561, ambos do Ministro Laudo de Camargo; a 1ª câmara do Tribunal de Justiça da Bahia, 13 de julho de 1948, *RTB,* 40/175; Tribunal de Apelação do Ceará, 20 de março de 1944, *R~JD* 1, 172; 1ª câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de março de 1938, *RT* 113/717; 1ª câmara, 17 de junho de 1947, 169/273). Ainda assim, se se trata de atos em repressão de movimentos revolucionários, revoltas ou motins (2ªº Turma do Tribunal Federal de Recursos, 25 de maio de 1949, RF129/154).

Em alguns acórdãos, aprecia-se a culpa, para se condenar o Estado, mas como elemento *a fortiori (e.q.,* 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 4 de julho de 1949, *Ai* 93/142; explicitamente, a 3º Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 20 de junho de 1946,

RDA V/164; Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Apelação de São Paulo, 23 de novembro de 1945, *RT* 160/228).

Tem surgido a questão de se saber se na expressão "funcionários públicos", ou "agentes", estão incluídos *o* Presidente da República, o Governador do Estado Federado, do Distrito Federal ou do Território, o Prefeito e as mesas das câmaras, federais, estaduais, territoriais e municipais, juizes e tribunais. Todavia, se na expressão

"funcionários públicos" ou "agentes" não estivessem incluídas tais pessoas, que são órgãos, estariam atingidas pelo princípio de que *o ato do órgão* é *ato da pessoa jurídica,* e resolvida estaria a questão. Errado, portanto, o acórdão da 3º Câmara do Tribuna! de Apelação de São Paulo, a 16 de dezembro de 1944 *(RT* 149/607).

Na aplicação do art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, não cabe distinguirem-se agentes públicos vitalícios, estáveis, efetivos, interinos, em comissão ou nomeados *ad hoc* (2ªTurma do Supremo Tribunal Federal, 13 de agosto de 1946, RIJA 13/123). A apuração da *culpa* do agente público é descabida, porque o próprio art. 37, §

6º, prevê a ação regressiva *se* houve dolo ou *culpa* do agente público (sem razão, a 2ª Turma, a 21 de janeiro de 1947, 15/72). Não escapa à incidência do art. 37, § 6º, da Constituição de 1988 o ato de acordo com lei contrária à Constituição de 1988 (cf. 1ª Turma, 19 de julho de 1948, 20/42), ou a outra Constituição vigente ao tempo da incidência da lei.

Está acertadamente assentado que são agentes públicos no sentido do art. 37, § 6º, da Constituição de 1988: *a)* o depositário judicial (2ª Turma, 12 de janeiro de 1944, *RDA,* 11/ 230; Supremo Tribunal Federal, 24 de janeiro de 1947, VIII, 88); *b)* quanto a atos administrativos, os juizes e tribunais (la Turma, 6 de outubro de 1947; *c)* os correios **(**2ª Turma, 11 de junho de 1948, *AJ* 93/479) e os telégrafos, ainda que em tempo de guerra; *d)* o escrivão, ainda nos atos de recebimento por praxe (3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 21 de janeiro de 1938, *RT* 112/177: "O Estado é responsável civilmente pelo produto de venda judicial exibido em cartório e entregue ao serventuário respectivo, ou seu substituto, por determinação do juízo. Nessa hipótese, não se trata de depósito feito voluntariamente em mãos do escrivão, e, sim, de exibição que, por praxe e determinação dos juizes, sempre se fez ao escrivão"); *e)* o inspetor de polícia **(2ªc**âmara, 23 de outubro de 1945, *RT* 159/153).

f) o escrivão ou tabelião interino, ainda indicado pelo titular do ofício, uma vez que o Estado é que nomeia (l~

Câmara, 14 de outubro de 1946, *RT* 166/713; g) o escrevente juramentado ou habilitado, ou *ad* hoc nomeado (2ª

Câmara, 22 de agosto de 1944, EU 157/203, *RIJA* V/162). São atos de funcionários públicos os atos positivos e negativos, praticados no serviço ou em serviço (e.g., formação de favelas, 6a Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 22 de julho de 1949, *RF* 132/460 e 94/ 350; falta de reparação das ruas, praças e logradouros públicos, 3a Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 3 de junho de 1948, *J* 30/393: "Em se tratando de via pública, bem de uso comum do povo, cujo poder de policial compete á pessoa de direito público, no caso a Prefeitura ré, é claro que toda e qualquer obra de reparação da mesma a ela pertence, não havendo mister dar-se prova positiva nesse sentido. Qualquer dano, que por negligência sua, dai resulte a alguém, fica ela responsável pela reparação. E que, em seu poder de policia, se compreende também o dever de segurança, em sentido amplo, que proteja o patrimônio do individuo com a mesma energia da proteção dada a seu próprio patrimônio, e por isso compete ao Estado, (no caso a ré) o cuidado da limpeza e iluminação das vias públicas, reparação das mesmas, fixando nos lugares perigosos avisos acautelatórios para prevenir a desastres"; corte de fornecimento de água potável, 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 11 de fevereiro de 1938, *RT* 112/209); e os que importam exercício de poder público, por delegação.

Não importa para excluir a responsabilidade do Estado que tenha sido demitido depois, em virtude, ou não, de punição da prática de ato ilícito, o funcionário público (lª Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 25 de setembro de 1947, RT 180/ 846). A 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 30 de maio de 1944 (RT

152/628; II -VIII/ 133), disse: "Sem dúvida, as leis inconstitucionais podem legitimar o pedido de reparação de dano que porventura tenham causado. Mas é indeclinável que essa inconstitucionalidade tenha sido reconhecida e declarada pelo Poder Judiciário; "uma vez reconhecida a inconstitucionalidade pelo Tribunal", como diz Carvalho Santos, repetindo Pedro Lessa, Do *Poder (Judiciário,* 164. Não pode o interessado demandar indenização por atos de autoridades estaduais fundados em dispositivo legal cuja inconstitucionalidade ainda não havia sido reconhecida e declarada pelo Poder Judiciário. Ou antes, àquele tempo prevalecia o acórdão proferido por esta

Câmara, em que se negava a inconstitucionalidade daquele dispositivo da legislação estadual. Havendo dois modos de resistir à exigência considerada inconstitucional, não é licito ao particular escolher o mais oneroso, a fim de pleitear uma indenização maior e de mais difícil apuração". Tal decisão aberrou dos princípios e merece exame, ponto por ponto: a lei contrária a Constituição é nula e tem de ser desconstituida, podendo em qualquer processo, qualquer que seja o rito, ser alegada a inconstitucionalidade, pois que se trata de *quaestio* inris e o juiz não pode ignorar a regra jurídica, que, na espécie, é a Constituição *(fura novit curia);* se foi proposta ação de indenização, na própria petição da ação há de ter sido alegada a contrariedade da lei ao texto constitucional, e tal questão é, por sua natureza, questão prévia do mérito, não podendo o juiz deixar para outra ação tão relevante prejudicial; se o juiz exige, como exigiu a 2ª Câmara ter havido coisa julgada sobre o ponto da inconstitucionalidade da lei, subverte os princípios do direito constitucional e processual brasileiros.

A ação regressiva, de que cogita o art. 37, *§* 6º, da Constituição de 1988, tem de ser proposta, para que o Estado alegue e prove o dolo ou a culpa do agente. Rode o Estado ter sido condenado sem ter havido dolo ou culpa do agente público. Somente se tal dolo ou culpa houve, cabe a ação regressiva. De lege lata, a ação é proposta ordinariamente; é ação condenatória, e não executiva. Assim, o acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 5 de dezembro de 1944 *(RT* 159/704), afastou-se dos princípios, por admitir que se cobre nos próprios autos da ação o que o Estado pagou. De lege *ferenda,* poder-se-ia admitir que, tendo havido dolo ou culpa, possa o Estado, na defesa, alegá-la e vir, desde já, nos próprios autos, com a sua ação contra o funcionário público, ou agente nessa condição, em cumulação sucessiva (eventual, isto é, se condenado for); mas, ainda de lege *ferenda,* não é aconselhável.

(b) Se saímos do terreno do ato do órgão *,* que é o do art. 37, *§* 6V da Constituição de 1988, o direito comum é que rege. Assim: a) por ser a culpa pressuposto necessário no caso do art. 1.521, III, ex *argumento,* o Estado só responde por danos causados por motins e levantes populares se se alega e prova culpa do Estado (l~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 28 de janeiro de 1943, II 1/603; 2ª Turma, 1º de julho de 1949, *1W* 128/ 456; 35

Câmara dc. Tribunal de Apelação de São Paulo, 10 de maio de 1938, *RT* 113/724; 55 Câmara, 15 de setembro de 1938, 115/663), o que

não pré-exclui que se aponte, apenas, ato, positivo ou negativo, dos próprios funcionários, o que desloca para o campo de incidência do art. 37, *§* 6ª da Constituição de 1988 a questão; *b)* o Estado não responde pelos danos provenientes de assaltos e depredações a particulares se não lhe seria possível evitá-los, a despeito de diligência (1(Turma do Supremo Tribunal Federal, 24 de abril de 1944, *liA* 1/603); c) e pelos atos de militares que se revolucionaram ou revoltaram contra a ordem social e as instituições, despendidos de qualquer vinculo com o Estado (1º Turma, 29 de abril de 1943, 1, 602), mas é preciso, para isso, que tenha havido demissão ou outro ato de desligamento do serviço ativo do Estado; *d)* se houve depredações ou outros danos, causados por populares, ou pessoas em revolução, ou revolta, ou motim, e o Estado omite providência, que poderia ter tomado, isto é, a seu alcance (Supremo Tribunal Federal, 3 de maio de 1945, V, 155; 1ª Turma, 11 de janeiro de 1945, VII, 115), responde por essa culpa; *e)* quanto a acidentes no trabalho e em serviço público, por parte do funcionário público ou não, que seja vitima, incide o direito comum, ou o especial, conforme a espécie,

— não há pensar-se no art. 37, *§* 6º da Constituição de 1988, que só se refere ao ato do funcionário público, ou agente, e não a dano ao funcionário público, em trabalho (1º Turma do Supremo Tribunal Federal, 24 de novembro de 1949, *RF* 131/ 373, 2ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 27 de outubro de 1944, RI 30/277), *obter,* porém, se o dano foi oriundo de ato do funcionário público contra outro, em serviço; se o empregado não pode ser incluído na classe dos funcionários públicos, mas, se é funcionário público o que está a dirigir o carro oficial, por ser funcionário público, ou agente nessa condição, incide o art. 37, *§* 6º da Constituição de 1988, e não os arts. 159 e 1.521,111 (cp. 4º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 6 de dezembro de 1939, *RT* 125/570). O motorista de carro oficial pode não ser funcionário público. Se o não é, não há invocar-se o art. 37, *§* 6º da Constituição de 1988 (1º Grupo de Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de outubro de 1948, *RT* 178/132; sem razão, a 5º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de outubro de 1948, *RT* 178/132; sem razão, a 5º Câmara do *TJSP,* de 3 de junho de 1949, RF 131/152, 181 e 316).

§ 97. Presentação da pessoa jurídica

1. *Função de* órgão . O órgão da pessoa jurídica não é representante

legal. A pessoa jurídica não é incapaz. O

poder de representação, que ele tem, provém da capacidade mesma da pessoa jurídica; por isso mesmo, *é dentro e segundo* o que se determinou no ato constitutivo, ou nas deliberações posteriores (P. Oertmann, *Allgerneiner Teil, 99;* H. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 45; A. von Tuhr, *Der Allgemeíne Teil,* 1, 527; sem razão: G. Planck, *Kornrnentar,* 1, 4º cd., 73 e K. Cosack, *Lehrbuch,* II, 6º cd., 497). A presentação é extrajudicial e judicial (art. 17); processualmente, a pessoa jurídica não é incapaz. Nem no é, materialmente. A questão não é sem importância teórica e prática: se o órgão fosse representante legal e a pessoa jurídica incapaz, a prescrição não correria contra ela (analogia do ari. 169,1); ou entre ela e o órgão (analogia do art. 168, III); somente seria invocável o art. 168, IV. A pessoa jurídica não é, em direito material, nem em direito processual, incapaz. Se os poderes são irrevogáveis, não é devido a ser representante legal o órgão , e sim por ser órgão e ter a sua substituição regras jurídicas especiais, ou regras estatutárias. Nem se poderia supor que é representante legal o orgão, porque, ao adquirir a posse para a pessoa jurídica, não na adquire como possuidor imediato (cp. art. 486), ou porque não pode testemunhar no processo da pessoa jurídica e tem de prestar depoimento pessoal, por ela.

Se as pessoas jurídicas fossem incapazes, os atos dos seus órgãos não seriam atos *seus.* Ora, o que a vida nos apresenta é exatamente a atividade das pessoas jurídicas através *de* seus *ór* gãos : os atos são seus, praticados por pessoas fisicas. Aquela concepção, romanistica, foi ultrapassada. Os atos dos órgãos , que se não confundem com os dos mandatários das pessoas juridicas, são atos das próprias pessoas jurídicas: têm elas vontade, que se exprime; daí a sua responsabilidade pelos atos ilícitos deles, que sejam seus. A atitude de E. HôIder, R.

Leonhard, Christian Meurer, S. Schlossmann, A. von Tuhr e outros, contra a teoria do órgão, já hoje nos aparece como insólito romanismo; e a melhor doutrina firmou a teoria do órgao (O. von Gierke, *Deutsches Priuatrecht,* 1, 472; E Regelsberger, *Pandekten,* 1, 323; E. Riezler, em *J.* von Staudingers *Kornrnentar,* 1, 7º-8º ed., 194; K.

Jacubezky, *Bernerkun˚en,* 12; E. Eck, *Vortráge,* 86; E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 8º-9º ed., 175; E. Zitelmann, *Allgenieiner Teil,* 62 s.; P. Oertmann, Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts, *Archiu fúr*

Búrgerliches Recht, 10, 192; Hugo Preuss, Stellvertretung oder Organschaft?, *Jherings iahrbúcher,* 44, 429).

Só a diretoria, ou algum órgão inferior à diretoria, pode presentar a pessoa jurídica nas relações externas. Se, pelos estatutos, o presidente da assembléia é que é ôrgão para as relações externas, tal presidente da assembléia atua como órgão estranho à assembléia, como diretor, ou membro de direito, ou feito órgão por si só. O que a assembléia pode fazer é deliberar sobre o que se deve praticar, como e quando. Os que tratam com a pessoa jurídica não adquirem, nem perdem direitos, pretensões, ações ou exceções, porque a assembléia deliberou; é preciso que o diretório ou órgão para as relações externas se manifeste, de acordo com os estatutos. Rode, ainda, a assembléia fazer dependente de aprovação sua, ou de outro órgão, a *perfeição,* ou somente a eficácia do ato praticado pelo órgão para as relações externas. Ainda aí seria errôneo pensar-se em que o órgão representa a assembléia: o órgão presenta a pessoa jurídica, sem que, aí, baste à perfeição ou eficácia do ato que pratique.

As deliberações da assembléia e da diretoria somente *valem* se obedecem à lei e aos estatutos. O próprio número de membros que poderia modificar os estatutos não pode fazer válido o que os violou; qualquer deliberação teria de ser posterior à modificação antes do registro dos estatutos. Não há possibilidade de qualquer reversão no tempo.

2. Órgão e *pluralidade* de pessoas *componentes.* Se são dois, ou mais, os membros do órgão, ou os órgãos, podem ser para atividade conjunta, ou separada, ou um em falta de outro, ou dos outros. A limitação há de constar do registro. Por outro lado, pode a pessoa jurídica dar procuração, com plenos poderes, a alguns, a algum membro, ou a estranho, o que de modo nenhum se confunde com a função do órgão, salvo se foi estabelecido esse meio, de presentação normal, para o órgão.

É possível, além da pluralidade de membros do mesmo orgão, a criação de dois ou mais órgãos, com funções presentativas diferentes (e.g., extrajudiciais e judiciais; para a seção de máquinas e para a seção de óleos).

3. *Poderes* dos órgãos. Os poderes de presentação são *limitados* aos fins sociais. Não se tem de apurar, in casu, se há fim individual da pessoa jurídica; basta que caiba no fim, tal como se exprime no registro. Aliás, quanto a terceiros, só tem eficácia a limitação que se depreende da inscrição, inclusive se se trata do substabelecimento.

4. Orgão e *representante.* Cumpre não se confundam os órgãos da pessoa jurídica, que são órgãos de sua vontade, tais como a diretoria e o órgão de que trata o ari. 17 (ôrgão), e os representantes nomeados pela diretoria, ou pelos representantes-órgãos, ou pela assembléia, sem caráter de órgão (procuradores, mandatários, empregados). Se não foi designado, no ato constitutivo, o ôrgão, é-o a diretoria. Tal o entendimento do art. 17. E

o órgão da vontade, que opera pela pessoa jurídica, dentro dos limites do fim da pessoa jurídica e dos outros limites estatutários. O que os excede não cria, para a pessoa jurídica, deveres, obrigações, ações, exceções ou situações passivas nas ações e exceções; o órgão responde aos terceiros segundo o art. 1.331-1.345, ou 1.397 e 1.398.

5. *Alteração* dos poderes. Depois de registradas as entidades, quaisquer alterações nos órgãos ou nas limitações aos seus poderes têm de ser averbadas (art. 18, parágrafo único). Aqui, surge problema assaz, delicado: ~A averbação das alterações é eficaz contra o terceiro de boa-fé, ainda que prove o desconhecimento, sem negligência da sua parte? Se afirmativa a resposta, é que se equipara a eficácia do registro das pessoas jurídicas á dos direitos reais, o que é contra os princípios. Se negativa, o registro apenas tem eficácia de inversão do ônus da prova. O registro das pessoas juridicas não tem a eficácia do registro de imóveis, no tocante àfé pública. Não há, no direito brasileiro, o princípio de que o registro tenha eficácia a favor do terceiro, que negocia com a pessoa jurídica, se *conhecia* a inexatidão; nem contra o terceiro, que *desconhecia* a alteração e negociou de boa-fé. A prova do conhecimento, pelo terceiro, da alteração ainda não registrada é ônus da pessoa jurídica (H. Neumann, *Handsausgabe,* 70; cl. Meisner, Das *Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 61; sem razão, Er. Leonhard, *Die Beu,eislast,* 274). O ánus da prova do desconhecimento *sem negligência,* por parte do terceiro, quanto à alteração registrada, cabe ao terceiro (cl. Meisner, Das *Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 61; G. Planck, *Kornmentar,* 1, 4º ed., 142; Fr.

Leonhard, Die Beweislast, 274). O que acima se disse também incide quanto a atos jurídicos que não são negócios jurídicos, como as quitações, interpelações (P. Oertmann, *Allgemeiner Teil,* 195), avisos e demais manifestações de vontade ou comunicações de conhecimento. O momento em que se aprecia o conhecimento do terceiro é aquele em que a manifestação de vontade ou de conhecimento lhe chega (E Oertmann, *Allgemeiner Teil,* 195; G. Planck, *Kommentar,* 1, 4º ed., 143; sem razão, E. Hôlder, *Allgemeiner Teil,* 183).

§ 98. Responsabilidade das pessoas jurídicas

1. *Atos* dos *órgãos.* O direito contemporâneo assentou, como decorrente da própria concepção das pessoas jurídicas, que respondem elas pelos atos dos seus órgãos. São atos seus. Quando, no art. 1.521, 111, se fala da responsabilidade das pessoas, inclusive jurídicas (art. 1.522), pelos atos dos seus empregados, serviçais e prepostos (responsabilidade por culpa própria e ato alheio), não se incluem os órgãos. A responsabilidade pelos atos dos órgãos é de vontade própria, porque a vontade, em tais atos, é vontade da pessoa jurídica, e por ato próprio, porque os atos dos órgãos são seus. A distinção está implícita no Código Civil e não se deve recorrer ao art. 1.521, III, como se fez na França (L. Michoud, *La Théorie de la Personnalité* morale, II, 214 s). Quanto ao Estado, a Constituição de 1988 põe o principio concernente os funcionários públicos. Isso de modo nenhum significa que se exclua o principio concernente aos órgãos, em sentido estrito. Se por atos de algum deles o Estado não responde, trata-se de exceção ao princípio. A responsabilidade pelos atos dos ôrgãos, negocial e extranegocial, deriva da essência mesma da personalidade jurídica; e a discussão em torno disso, no direito comum mostra quanto ainda se distanciava da claridade de hoje o que se conhecia da própria personalidade jurídica. Porém também revela a pouca significação das pessoas jurídicas, na vida social de outrora, bem como a carga de despotismo que ainda enchia as pessoas jurídicas de direito público a ponto de lhes dar tratamento excepcional, quando se anuía em que fossem tratadas como pessoas jurídicas. As pessoas físicas, que depois se apresentaram como simples órgãos, estavam no lugar delas e impunham aos povos os seus privilégios. A responsabilidade das pessoas jurídicas pelos atos dos seus ôrgãos não é, portanto, privilégio in peius. Foi imposta pela teoria mesma das pessoas jurídicas, quando o favoreceu a crescente importância das pessoas jurídicas e se acentuou o princípio da igualdade perante a lei. A base da indenização, em se tratando de

responsabilidade extranegocial, está no art. 15 e não no art. 1.521,111. Para que pelo ato de outra pessoa a pessoa jurídica responda, como por ato seu, é preciso que se trate de diretoria ou órgão, isto é, que se trate daquele órgão nomeado no ato constitutivo, ou de acordo com ele, a que se referiu, sem felicidade na expressão ("em anderer verfassungsmassige berufener Vei-treter"), o Código Civil alemão.

"Representante", no art. 17, é só o presentante da *vontade,* — é o órgão; há a vontade mesma, *que* se presenta.

São órgãos ou são representantes todos os que exercem atividade da pessoa jurídica; donde a eventual responsabilidade dessa (O. Lenel, Zur Deliktshaftung der juristischen Personen, *Deu tsche JuristenZeitung,* VII, 9 s.; E. Billmann, *Haftung* der juristischen *Personen,* 18; G. Planck, *Komrnentar,* 1, 4º ed., 83), segundo princípios diferentes, — por ato seu, por ato de outrem.

Tem sido causa de grandes erros na aplicação do direito brasileiro não se ver a diferença entre a regra jurídica *(a)* do art. 15 do Código Civil ou a regra jurídica *(b)* do art. 37, *§* 6º da Constituição de 1988 e a regra jurídica (c) do art. 159 (arts. 1.521,111,1.522 e 1.523) do Código Civil. As regras jurídicas (a) e *(b)* supõem tratar-se de ato de órgão, regras jurídicas cogentes (H. Werneburg, *§§ 31, 89 und 831 BGB.,* 84). Não se tem de apurar culpa da pessoa jurídica, nem do ôrgão, desde que o dano se produziu. Se o órgão se fez representar, então é o art. 159

(arts. 1.521, 111, 1.522 e 1.523) que pode incidir; não as regras jurídicas (a) e (E). Aí, ressalta a diferença (H.

Brockner, *Die privatrechtlíche Haftung,* 20). Se a sociedade ou a associação não é personificada, a sua responsabilidade, enquanto não se personifica, é regida pelos arts. 159, 1.521, II, 1.522 e 1.523 do Código Civil, e não pelo art. 15, ou pelo art. 37, *§* 62 da Constituição, e.g., se alguma unidade nova do Brasil se está a formar, as pessoas que estão incumbidas da sua constituição somente a tornam responsável pela culpa in *eligen* do, e não pelo ato do órgão, segundo o art. 37, *§* 6º da Constituição de 1988 (H. Werneburg, *§§ 31, 89 und 831 BGB., 111).*

O art. 37, *§* 6º da Constituição de 1988, como o art. 15 do Código Civil, nada tem com as relações jurídicas de responsabilidade entre o órgão *e* a pessoa jurídica. O art. 37, *§* 6º, já é outra regra jurídica (K.

Lincl□elmann, *Die Schadenersatzpflicht* aus *unerlaubten Handlungen,* 50). Por outro lado, de modo nenhum a responsabilidade da pessoa jurídica substitui a do órgão; podem existir as duas (W. Reinecke, Die *Haftung* der *juristischen Personen,* 59). O fato de ser órgão traça os limites da função e dos atos, ao passo que, tratando-se de representação, não importa qual o limite se o ato lesivo foi praticado pelo representante, ainda sem poderes (E. Fede~

Verantwortlichkeit [Ir *fremdes Verschulden,* 92; diferente, W. Pleilfer, *Die ausserkontraktliche HaJtung,* 75).

2. *Responsabilidade civil,* a) A responsabilidade das pessoas jurídicas , fora do art. 1.521, III, somente se pode referir aos atos dos órgãos, designados conforme o ato constitutivo: a diretoria, o órgão de que fala o art. 17, que não é representante, mas órgão, nomeado de acordo com o ato constitutivo e incluso na organização da pessoa jurídica. Não é órgão o nomeado, ainda de acordo com o ato constitutivo, que se não inclui na *organização* da pessoa jurídica; e.g., se o ato constitutivo diz que, precisando-se de advogado, seja nomeado pela assembléia geral. E preciso o pressuposto da inclusão orgânica. Não são órgãos os mandatários, os gestores de negócios alheios, em geral os empregados ("empregados, serviçais e prepostos", art. 1.521, III). E) E segundo pressuposto da responsabilidade da pessoa jurídica que o órgão se exercite na esfera da função dc órgão, portanto em estreita conexão causal com atividade que lhe cabe. Se o órgão não se mantém nos limites do seu poder de presentação, mas é por *ele* que causa o dano, negocial ou extrajudicialmente. a responsabilidade existe *(e.g.,* dano causado pela autoridade pública que excede os seus poderes). O ato, ou omissão, pode ser causado pelo órgão, não só por ocasião da função, como também porque tem a função (o membro da diretoria que, vindo fora de horas, ao prédio, deixa a torneira aberta e causa danos ao andar de baixo, responde individualmente e pelo ato dele — com base no art. 15

— a pessoa jurídica; o diretor executivo que ordena, contra as instruções da assembléia geral, ou a deliberação da diretoria, a tomada de posse do terreno vizinho, é órgão, e responde, pelo ato dele, como ato seu, a pessoa jurídica). Não é preciso, por conseguinte, que o ato ou omissão esteja dentro dos limites dos poderes do órgão.

Ainda que tenha havido dolo desse (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 59). Se a diretoria, ou o diretor executivo, encarregou alguém da prática de ato, que a ela ou a ele somente cabia como órgão, sem poder de

estabelecer procurador, tal encarregado é instrumento do órgão e o seu ato é ato da pessoa jurídica. *Aliter,* se houve mandato, ou outra categoria jurídica, porque, ai, o ato do órgão é que é da pessoa jurídica; o ato do mandatário, serviçal, ou preposto, é ato dele, dando ensejo à incidência dos arts. 1.305-1.307 ou do art. 1.521,111, contra o mandante, patrão ou preponente. Não basta que o ato ou omissão tenha sido na *ocasião* da atividade, se não foi em conexão causal com ela. Noutros termos: se, na *ocasião,* por acaso, ou com outro propósito, estando no lugar o órgão, sem a atividade orgânica, praticaria o mesmo ato, ou omissão, conexão causal não há e, pois, não há responsabilidade.

Não importa se se trata de responsabilidade por ato ilícito absoluto, ou relativo; ou se, tendo a deliberação e execução, ou só a execução toda a diretoria, um dos membros foi incumbido de executar *por* todos. Aqui, o ato é da diretoria, por ser o membro mero instrumento, como podia ser o secretário da diretoria, o advogado da empresa, ou pessoa estranha. Se, em vez disso, a assembléia geral, ou a diretoria, incumbiu alguém de executar o ato que podia ser deixado a outrem, o representante não é órgão de vontade da pessoa jurídica (O. Lenel, Zur Deliktshaftung der juristischen Personen, Deutsche *JuristenZeitung,* VII, 9 s.).

A responsabilidade da pessoa jurídica pelos atos ilícitos do órgão é pelo ato desses. Se, na espécie, se exige a culpa, também se há de pensar em ser pressuposto a culpa do órgão. De modo nenhum a responsabilidade com fundamento no art. 15 do Código Civil e no art. 37, *§* 6º da Constituição de 1988 exige o pressuposto da culpa da pessoa jurídica in *eligendo* ou in viqilando. Se o art invocado e o ato ilícito é incluído no art. 159 ou, o contrario sensu, no art. 160, a culpa, que há de ter havido, éa do órgão, que então responde, dando ensejo, também, à responsabilidade da pessoa jurídica; se o art. 15 é invocado, porém não o art. 159, nem o art. 160, nem outra regra jurídica que tenha no suporte fálico o elemento necessário da culpa (e.q., art. 1.520, parágrafo único), de nenhuma culpa se há de cogitar. Quanto ao art. 37, *§* 6º da Constituição de 1988, somente se há de pensar em culpa para se fundamentar a ação regressiva.

Quanto ao art. 15, a pessoa jurídica é responsável como a pessoa física o seria por ato do seu braço, do seu pé, ou da sua boca. Se ela teve culpa, ou não, não importa. Se o ato é do órgão e causou dano, contrariando direito, responde a pessoa jurídica (E. Schlegelmilch, *Die I-IaJtung der juristischen Personen,* 16; A. Korn, Deliktsfähigkeit der

juristischen Personen, *Festgabe* [ir Richard Wilke, 185). A culpa do órgão só tem importância para a ação regressiva da pessoa jurídica contra o órgão que causou o dano, ou para responsabilidade dele, solidária, se é o caso.

A pessoa jurídica não pode restringir a sua responsabilidade pelos atos ilícitos. No art. 15, fala-se de órgãos, e a palavra „representantes" está em vez de órgãos. Ainda quando o órgão presente a pessoa jurídica sem ser em atos jurídicos *stricto* sensu e em negócios jurídicos. O chefe de escritório, o médico, diretor de hospital, o engenheiro, o advogado, que é o órgão técnico da empresa, pois que são órgãos, entram na classe dos órgãos a que se refere a regra jurídica do art. 15 do Código Civil, diversa *e.g.* da a que a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, se reporta no art. 117, pertinente à sociedade de advogados e à responsabilidade do sócio, subsidiária e ilimitada, pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo de eventual responsabilidade disciplinar. Os estatutos é que criam e discriminam órgãos. Se o cargo consta dos estatutos e dos estatutos consta como se provê o cargo e se fala dos poderes que tem, ôrgão é quem o exerce. O ato precisa ser ato de ôrgão. Se o diretor A penetra no prédio vizinho ao da pessoa jurídica e rouba, a pessoa jurídica nada tem com isso; mas responde ela pelo dano que o órgão causar, pela ordem, que deu, de arrombar a poda, em nome da pessoa jurídica, ou pelo dolo no negócio jurídico com o terceiro. Terceiro pode ser o membro, *e.g.,* se o membro podia depositar no cofre da pessoa jurídica jóias, segundo os estatutos, e o diretor as furta. A responsabilidade é, então, solidária.

O art. 15 pôs o princípio da responsabilidade das pessoas jurídicas pelos atos ilícitos, absolutos ou relativos, portanto extranegocial e negocialmente, dos seus órgãos. A expressão "representantes" está, aí, em sentido de órgão , ou membro de órgão . A responsabilidade pelos atos ilícitos do representante, em sentido próprio, rege-se por outros princípios. A diretoria é o órgão, o que mais pode implicar, por atos, a responsabilidade da pessoa jurídica, — responsabilidade que pode ser restringida pelo ato constitutivo ou pelos estatutos mediante caracterização de funções, porém não pré-excluída (Rospal, Zum Begriff "Vereinsvorstand", Deutsche *JuristenZeitung,* V, 457), se tornada ilusória. O ato ilícito há de ser praticado em desempenho de funções, ou quando somente se poderia praticar, como foi, tendo o órgão as funções que tem (cf. W. Reinecke, Die *Haftung der juristischen Personen,* 44; Adhur Levy, Begrifj *und Rechtsnatur der Korpora* tionsorgone, 39). Se o médico do hospital da empresa, atendendo ao

trabalhador que foi acidentado, comete erro técnico, a responsabilidade é segundo o art. 15; igualmente se esse médico, em preparações químicas, provoca explosão que causa danos ao vizinho. Não, se atendeu a paciente que o foi procurar no hospital, ou se provocou em sua casa a explosão, danificando o prédio vizinho, ainda que a preparação tenha sido para a empresa. O art. 15 é, por si só, prova de que se adotou no Código Civil a teoria orgânica (E. Eck, *Vortrãge,* 87, a respeito do *§* 31 do Código Civil alemão; E. Rhomberg, *Kôrperscl-iaJtliches Verschulden,* 101; sem razão, E Klingmúller, *Die Flaftung fúr* k/ereinsorgane, 50 s.). Se é cedo que se poderia, sem a teoria orgânica, construir a responsabilidade sem culpa das pessoas jurídicas, não foi isso o que se passou, histórica e sistematicamente; o art. 15, como o *§* 31

do Código Civil alemão, proveio do conceito de órgão.

Tratando-se das pessoas jurídicas a que se refere o art. 15, se o ato do empregado que não é órgão *(=* não consta dos estatutos a sua criação e provimento) não foi de iniciativa dos orgãos, a responsabilidade é segundo os arts.

1.521,111, 1.522 e 1.523: a culpa, que se exige, é a da pessoa jurídica (art. 1.523, *verbis* "por culpa ou negligência"). Se também o empregado tem culpa, dá-se solidariedade. Não se exige, para a responsabilidade da pessoa jurídica, que o ato do empregado tenha sido culposo.

O art. 15 apanha as pessoas juridicas de direito público. Quanto aos funcionários públicos, ou pessoas que ajam nessa qualidade, o art. 37, *§6º* da Constituição de 1988 deu a regra jurídica, que os faz órgãos, em vez de empregados, no sentido do art. 1.521,111. Também aqui se manifestou a influência da concepção orgânica da pessoa jurídica, fugindo-se ao direito romano e à teoria moderna da representação. A extensão a todos os funcionários públicos resulta, não de extensão da regra jurídica sobre responsabilidade, mas da elevação da qualidade de funcionário *(=* o que funciona, portanto órgão) à categoria de órgão. Todos esses funcionários públicos ou ou agentes são órgãos, se bela que não órgãos superiores ou centrais, porque constitucionalmente assim se estatuiu.

Assim, o recebedor de impostos, o escrivão, o fiscal de impostos, o policial, o inspetor de veículos, desde que caibam no conceito de funcionário público, são órgãos do Estado, e o ato deles, previsto pelo

art. 37, *§* ~ é ato do Estado. A concepção procede de fontes histórico-culturais, estranhas ao conceito de representação.

As Caixas Econômicas são pessoas jurídicas. A União garante a restituição dos depósitos (Supremo Tribunal Federal, 20 de abril de 1934, *RSTF* 1936, 17/305: "A obrigação de garantia assumida pela União, pela restituição dos depósitos, não é uma simples fiança; tem o caráter de uma dívida sua, própria, de uma obrigação solidária; mas, conquanto solidária, é subsidiária, porque aos depositantes só é lícito reclamar da União os seus depósitos, quando as Caixas, solicitadas, não atenderem às retiradas.") e responde pela culpa *in eligendo* (20 de junho de 1948, *AJ* 49/ 77): "As Caixas Econômicas Federais, sendo estabelecimentos subordinados à União que nomeia o seu Conselho Administrativo, responde a União pelos danos oriundos de abusos de administração, porque ela não pode esquivar-se à culpa in *eligendo* pelo desacerto com que se houve em não nomear para tão delicadas funções pessoas de reconhecido critério.).

3.

Responsabilidade *pelo ato não-contrário* a direito. A responsabilidade das pessoas jurídicas não é só pelo ato contrário a *direito.* Também abrange os casos de responsabilidade pela indenização, a despeito de não ser contrário a direito o ato, ou omissão (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34º ed., 253), e.g., ato lícito em legítima defesa, em estado de necessidade, art. 160, ou em justiça de mão-própria etc.

4. *Atos* jurídicos. A responsabilidade pode referir-se a negócios jurídicos, ou não. Se o órgão, ou o representante-

órgão, viola o contrato, o ato violador é da pessoa jurídica; se obra com dolo, ou negligência, o dolo ou negligência é da pessoa jurídica. Não se hão de invocar os arts. 1.309, 1.313 e 1.314, referentes ao mandato, nem os arts. 1.339-1345, relativos à gestão de negócios. Não há tais relações jurídicas. Os atos são da própria pessoa jurídica, e a culpa, se houve, é sua (não se confunda com a culpa in *viqilando vel* in *inspiciendo);* de modo que primeiro se pergunta se há a responsabilidade pelo ato próprio, praticado pelo órgão; se não a há, ainda é possível que exista a responsabilidade pelo ato de outrem (que *acontece* ser órgão, mas ter procedido como empregado, mandatário, gestor etc.). Sobre isso, R Oertmann *(Allgemeiner Teil,* 114) e R. Henle

(Lehrbuch, 1, 428 s.). Tanto A. von Tuhr *(Der Aligerneine Teil,* 1, 256 e 540, nota 87) quanto *G.*

Planck *(Kornmentar,* 1, Q ed., 82)

deixaram de atender à diferença entre responsabilidade pelo ato do órgão, que é *próprio,* e responsabilidade pelo ato do mandatário, que é *alheio.*

Se o órgão não tem poderes para negócios jurídicos, *e.g., Só é* para assuntos técnicos, discute-se se isso basta para obrigar a pessoa jurídica. O exemplo típico é o do médico, chefe de clínica, de que cogitou o ato constitutivo. E órgão especial. A questão está em se saber se pode negociar e se pode violar deveres e obrigações oriundos de negócios jurídicos. Mas tudo se cifra em haver ou não a conexão causal, de que se falou, entre a função e o ato. Não se pode, *a prio* ri, responder, se não que, havendo a conexão causal entre a função do órgão *especializado* e o ato culposo, a responsabilidade da pessoa jurídica se estabelece; e.g., o médico atendeu ao cliente, antes da ficha, ou, depois dela, ordenou que saísse, infringindo o contrato. No entanto, muitos sustentam a responsabilidade da pessoa jurídica (cp. G. Planck, *Kommentar,* 1, 4º ed., 83 s., e A. von Tuhr, *Der Alígerneine Teil,* 540, pela afirmativa; contra, R. Henle, *Lehrbuch,* 1, 430). É preciso atender-se a que certas funções orgânicas , ou porque são assaz importantes, ou porque são voltadas para o público, fazem do órgão especial órgão-instrumento geral, tornando-se, esse, na prática, instrumento de órgãos da vontade da pessoa jurídica.

5.

Solidariedade. Se a função orgânica é solidária, basta o ato ou omissão de um dos membros para a responsabilidade. Todavia pode um dos membros ser instrumento do órgão, implicando atividade da pessoa jurídica.

6.

Responsabilidade pelos atos de outrem. Quanto à responsabilidade pelos atos de outrem e culpa sua, os princípios são os mesmos para as pessoas físicas e para as jurídicas *(e.g.,* art. 1.521, III, com a explicitação do art. 1.523). Respeito à responsabilidade negocial, regem os arts. 1.309, 1.313 e 1.314; eventualmente, os arts.

1.339-1.345 (cf. R. Henle, *Lehrbuch,* 1, 428). A responsabilidade pelos atos dos órgãos nada tem com o *dever de vigilancia* ou *de inspeção.*

7.

Responsabilidade da pessoa jurídica e do órgão. Nos casos em que o ato ilícito absoluto do órgão causa danos e a responsabilidade é da pessoa jurídica, tal eficácia do ato *da pessoa jurídica,* praticado pelo órgão, não exclui a responsabilidade da pessoa física ou jurídica, que é *órgão,* pelos mesmos danos, porque o seu ato entra no mundo jurídico como ato ilícito absoluto da pessoa jurídica e como ato ilícito absoluto seu. Dá-se a solidariedade de devedores da indenização (O. Planck, *Kommentar,* 1, 1ª ed., 86 s **.;** O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 60).

Não se precisa invocar o art. 1.518, parágrafo único (como fez L. Enneccems, *Lehrbuch,* 1, 30º-34º ed., 254): o art. 1.518, parágrafo único, éuma das regras (escrita) que se contém em regra mais geral (cf. art. 1.393 e 1.337).

§ 99. Responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público interno

1. *Pessoas* jurídicas estatais. As pessoas jurídicas de direito público interno ou são unidades intra-estatais, de direito constitucional (União, Estados Federados, Distrito Federal, Territórios, Municípios), ou unidades de direito público simples *(e.g.,* a Estrada de Ferro Central do Brasil é autarquia personificada; tem Diretor e funcionários públicos), *a)* O princípio do art. 37, *§* 6º, da Constituição de 1988 apanha a todos os funcionários públicos e agentes, inclusive das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Portanto, também, os funcionários públicos dos institutos com personalidade jurídica, autárquicos (Ginásios, Faculdades, Universidades). *b)* A Igreja católica é pessoa jurídica de direito das gentes; no Brasil, não é pessoa de direito público interno. c) No direito civil alemão, devido ao *§* 31, que só se referiu às pessoas juridicas de direito privado, foi preciso o *§* 89, que tratasse das pessoas jurídicas de direito público. No direito brasileiro, não: a regra jurídica sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos atos dos seus órgãos, que são atos seus, e deduzida da própria essência da pessoa jurídica; de modo que apenas restava, como veremos, resolver-se quanto à

classificação dos funcionários públicos, entre os órgãos, ou entre os empregados em geral ou mandatários.

Entendeu-se que a solução merecia ser dotada de *rigidez* (constitucional), razão por que se inseriu na Constituição de 1988 o art. 37, *§* 6º. Quanto aos órgãos, em sentido estrito, nada se disse; nem era de mister dizer-se. A solução alemã, com o art. 131 da Constituição de Vaimar e o *§* 89 do Código Civil, distinguiu a responsabilidade de direito público e a de direito privado, o que complicou os principios sem grande alcance.

Tanto mais quanto a linha discretiva é de difícil caracterização. Fez bem o legislador brasileiro em limitar-se a dizer que os funcionários públicos são órgãos, e os atos deles, atos da pessoa jurídica de direito público interno.

Quanto à responsabilidade delas pelos atos dos seus órgãos, em sentido estrito, como atos seus, nada se tinha de dizer; seria enunciado sobre organização das pessoas jurídicas de direito público. A controvérsia era apenas sobre a natureza do funcionário público, que é órgão *(lato* senso) do poder público, com autoridade pública para a consecução dos fins do Estado ou de pessoas juridicas que se consideram de direito público. Não é preciso que exerça o funcionário atos de império, com poder compulsivo. O arquivista, o amanuense, que protocoliza os requerimentos *e* ofícios, é funcionário público. Se o vigia municipal deixou de acender a luz das obras da rua expondo a riscos os transeuntes, a responsabilidade é regida pelo art. 37, *§* 6º, da Constituição de 1988, se o vigia é funcionário público municipal, ou se o vigia foi contratado para aquele serviço, ou se contratada foi alguma empresa que pôs o vigia, porque a regra jurídica constitucional abrange as pessoas jurídicas de direito privatístico prestadoras de serviços públicos. A prisão ilegal, a penetração em domicilio contrária a direito, a tortura, a entrada desnecessária de bombeiros, para apagar fogo do outro lado da rua, ou em prédio não muito próximo, a aparência de penhora pelos oficiais de justiça para forçar recebimento de dívida, a intimação dos freqüentadores de teatro por policiais e outros atos semelhantes são atos ilícitos do Estado.

(o) Se algum órgão do Estado comete ato contrário o direito, que cause danos, responde o Estado; porque o órgão entra em contacto com terceiros devido à sua qualidade de órgão e, em virtude dela, pode causar esses danos. A pessoa jurídica é que pratica tais atos. Tal responsabilidade é de direito cogente, de modo que, inseda, como foi,

na Constituição de 1988, art. 37, *§* 6º, a regra jurídica, nenhuma lei e, a fortiori, atos administrativos podem alterá-la, ainda para se dizer que tal responsabilidade não há quando se alegue e prove que se observou perfeita *diligen* tia in eligendo. Tal regra jurídica referente á responsabilidade da pessoa jurídica de direito público interno pelo ato do órgão, que é ato seu, não precisa ser escrita, como não precisa ser escrita a que se refere à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado pelos atos dos seus órgãos, que são atos seus.

(b) Também as pessoas de direito público interno podem ter mandatários, procuradores, empregados, que não sejam funcionários públicos, nem órgãos, em sentido estrito: a responsabilidade delas é, então, também a que resulta de regras jurídicas como as do art. 1.521, III, 1.309, 1.313 e 1.314, eventualmente arts.

1.339-1.345.

(c)Entre as pessoas de que se trata em (a) e as de que se trata em *(b),* estão os funcionários públicos. Assente que as pessoas de direito público interno respondem pelos atos dos seus órgãos (em sentido estrito), *e.g.,* do Presidente da República, do Governador, do Prefeito, dos Ministros de Estado e Secretário estaduais e municipais, — teve-se de discutir e resolver se os funcionários públicos entravam na classe (a) ou na classe *(b),* ou se constituíam classe à parte. Ou todo funcionário público, ainda que não exprima vontade do Estado, é órgão, e então todo funcionário público, dentro da sua esfera de ação, é órgão do Estado, e os seus atos, atos do Estado; ou o funcionário público representa especialmente, sem ser órgão, e entra em *(b).* Diz o art. 37, *§* 6º. da Constituição de 1988: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa." A referência ao dolo e à culpa somente aparece quanto à pretensão de regresso.

A teoria, de origem germânica, que alargou o sentido de órgão , de modo que abarcasse os funcionários públicos, extremouos dos empregados privados e dos operários e, consequentemente, incluiu-os na classe *(a).* A classe passaria a ser composta *(a)* dos órgãos, em sentido estrito (Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário), e *(a")* de órgãos funcionários públicos, sendo que os juizes funcionários, que são quase todos, entrariam na classe *(a").* O

empregado privado, ou o operário do Estado, não é funcionário público. Faltam-lhe a inclusão dos quadros da hierarquia funcional (o chefe de seção não é chefe do operário, ou é empregador ou órgão do empregador), e a função pública. O art. 37, *§* 6º, no entanto incide, porque não é necessário esteja entre os essencial do suporte fático o *funcionário público;* basta o *agente,* servidor público ou não (cp. art. 37, *§ 5ª*

2.

Responsabilidade sem *culpa.* O art. 37, *§* 6º, não contém qualquer referência à culpa, *a* fortiori, dolo, exceto na parte final; e não na contém, porque o art. 37, *§* &, apenas significa que se adotou a *teoria* do *funcionário público como órgão.* O ato dele, no que é da sua "qualidade", é ato da pessoa jurídica de direito público interno. Se esse ato, praticado por pessoa física como seu, seria suscitador de responsabilidade, suscita-a quanto à pessoa jurídica de direito público interno. Não se pode ler o art. 37, *§* 6º, como se houvesse adotado a presunção iuris *et de iure* de culpa; nem a responsabilidade pela própria culpa, sendo de outrem o ato; nem a chamada responsabilidade pelo risco, ou outra; só se fez claro que se considera órgão, e não mandatário, ou procurador, o funcionário público.

3. *Regra* jurídica *cogente.* O art. 37, *§* 6º, não dá apenas diretivas para as legislações federais, estaduais e municipais; já é regra jurídica cogente. A regra jurídica de sua parte final ("assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.") cria direito subjetivo. Pressuposto é tratar-se de ato praticado na *qualidade* de agente da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público; quer dizer:

no exercício de poder público, sem se entender por poder público somente o de meios de coerção *(e.g.,* o do tabelião ou do escrivão, o do professor, o do diretor de arquivos públicos).

4.

Atos ilícitos *relativos. Se* o Estado *(e.g.,* o Município) contrata com empresa particular, por empreitada, a execução de alguma obra pública, segundo projeto e planos do governo, responde segundo o direito civil pelos danos que a empresa cause, se o ato da empresa

cabe na classe dos atos indispensáveis à execução do projeto ou dos planos, ou se houve autorização, à parte, para o ato. Noutros termos, é preciso que o ato seja um dos previstos nos arts. 1.521,111, 1.522 e 1.523 do Código Civil, ou nos arts. 15 do Código Civil e 37, *§* 6º, da Constituição de 1988. Se houve ato autorizado, a responsabilidade do Estado é segundo o art. 15 do Código Civil ou art. 37, *§* 6º, da Constituição de 1988, portanto ainda sem culpa ou dolo da autoridade que autorizou. Nem sempre há responsabilidade do Estado, porque pode esse não ter previsto o ato, nem o ter autorizado; ser apenas ato da empresa, a seu líbito *e* fora do projeto e dos planos, ou, pelo menos, não-indispensável a eles. Por isso, é preciso ler-se sem generalização o acórdão da 5C Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 5 de setembro de 1947 *(RT* 171/593).

Na representação do Estado, há de haver procuração. Não se confunda representação do Estado com atividade de órgãos do Estado. O órgão do Estado é o funcionário público, ou o dirigente (Presidente da República, Governador, Prefeito, mesa das câmaras ou Presidente de câmara, mesa de tribunais ou Presidente de tribunal), que obre como órgão do Estado. Assim como as leis e os estatutos é que decidem sobre quem é órgão, inclusive in *casu,* os órgãos do Estado somente são aquelas pessoas aue as leis apontam como tais. A respeito, decidiu a 1ª

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de abril de 1944 *(RT* 155/680:

"Efetivamente não seria possível, no próprio interesse do Estado, subordinar-se a validade dos contratos, em que intervém, à indagação muito rigorosa sobre se o funcionário que o representa no ato tem inteira capacidade para tanto. Desde que o funcionário, que contrata em nome do Poder Público, pode em tese o fazer, está a outra parte dispensada da perquirição, se tem ele autorização específica para o ato em que vai intervir. A presunção é que ele age autorizado. Não fora assim, os negócios com a administração pública, já emperrados por múltiplos fatores, dependeriam, para a sua realização, da transposição de obstáculos insuperáveis. Era necessário percorrer-se inteiramente a escala hierárquica dos funcionários, até o mais alto posto, para saber-se se a autorização que um concede tem o beneplácito de todos os de categoria mais elevada", O acórdão merece exame. Se, no caso, tivesse havido promessa de representação, poder-se-ia invocar o art. 1.333. Se tivesse havido ato de órgão de facto, regeriam os princípios concernentes aos atos dos governos de fato. Também responderia o Estado se foi ilegal, ou, até, inconstitucional a nomeação, a

investidura, a promoção, ou a transferência, ou o rebaixamento (5º

Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de outubro de 1948, *RT* 177/67 1: "Para , critério estritamente objetivo e, portanto, mais largo exige que se considerem funcionários públicos no art. 194 todos os que praticarem atos ou incorrerem em omissões no exercício da função pública, sem se dever entrar, sequer, na apuração da legalidade ou ilegalidade da investidura"). Na espécie, de que se tratava, de modo nenhum. Tratava-se de contrato concluído por funcionário público que não podia contrair obrigações, em nome do Estado, porque lhe faltava competência, isto é, *in* casu, não era órgão do Estado. O Estado nenhuma ingerência teve no contrato.

O argumento de que, exigindo-se a prova da competência, teria o particular, que contratasse com a administração pública, de percorrer a escala hierárquica dos funcionários públicos, é destituído de qualquer peso. As regras de competência dos juizes e dos funcionários públicos da administração, bem como dos chefes dos poderes públicos, têm de ser conhecidas por todos. Nenhum funcionário público incompetente se presume competente. Se não é órgão, in casu, não pode contratar em nome do Estado. Nem se alegue que se daria, em vez de ato de órgão, ato de representante, porque então teriam de reger a espécie os arts. 1.305 *e* 1.306 do Código Civil.

§ 100. Terminação da existência das pessoas jurídicas

1.

Causas de terminação. A existência das pessoas jurídicas ter mina, ou porque (a) o seu supode fático se dissolve, uma vez que ao ato coletivo, que a criou, sucede ato coletivo negativo que a atinge; ou porque *(b) à* regra jurídica que a permitia sucede inci *dência* de regra jurídica, ou aplicação de regra jurídica, que repila para o mundo fático o suporte fático; ou porque (c) se retire a autorização estatal, indispensável à personalização; ou porque *(d)* se chegue ao termo ou condição final; ou porque *(e)* morreram todos os seus membros; ou porque *(f* o número deles baixou do número mínimo fixado em lei. Posto que os juristas empreguem as expressões

"dissolução da pessoa jurídica", pessoa jurídica não se dissolve, — pessoa jurídica deixa de ser, isto é, a entidade que se personificara perde a capacidade de direito. O que dissolve o suporte fático, no art.

21, 1, por exemplo, é o acordo de dissolução, no qual está incluído o ato coletivo extintivo, que é negativa da criação. A dissolução da sociedade sem o ato coletivo para ser levado a registro não pode extinguir a personalidade jurídica. que continua de existir, no plano da existência pessoal, ainda que. no plano obrigacional, se haja extinto o contrato de sociedade. O art. 21 foi, só em parte, feliz: "Termina a existência da pessoa jurídica: 1. Pela sua dissolução, deliberada entre os seus membros, salvo o direito da minoria *e* de terceiros. II. Pela sua dissolução, quando a lei determine. 111. Pela sua dissolução em virtude de ato do Governo, que lhe casse a autorização para funcionar, quando a pessoa jurídica incorra em atos opostos aos seus fins, ou nocivos ao bem público." No art. 21, II, estão: a extinção por baixar do número mínimo legal, se o há, o número de membros (sem que se pense em eficácia ipso iure). A continuação da pessoa jurídica com um só membro, se bem que transitoriamente, pode darsú (contra, Christian Meurer, *Der Begriff u. Figentúmer,* 1, 96 s., *Die juristischen Personen,* 289, nota 4, e E.

Hôlder, *Natúrliche* und juristische *Personen,* 293), se não é caso de exigência de número mínimo, impreenchível.

A entidade que dá a autorização é a que a pode cassar: retira-se, assim, um dos elementos do suporte fático da pessoa jurídica, e ele, suporte fático, se dissolve. *Se* algo subsiste, não entra no direito; a entidade, a que se negou a autorização, não pode ser entidade *jurídica,* não entra, nem pode permanecer no mundo jurídico, salvo se algo, separável, se propõe *e* para isso não precisaria de autorização.

A propósito das sociedades anônimas, adotou-se, explicitamente, em vez da sobrevivência fictícia durante a liquidação (ad *eflectum tarnen terminandi negotiationes),* a liquidação até que se acabe; portanto: a personalidade até o fim. No Código Comercial (1850) disse-se que, "em todos os casos de dissolução" (art. 335, alínea final), "deve continuar a sociedade, somente para se ultimarem as negociações pendentes, procedendo-se à liquidação das ultimadas." O Código Civil, no art. 21, não falou de dissolução da pessoa jurídica (pessoa não se dissolve, deixa de ser); apenas ligou às causas, que apontou, o efeito extintivo.

Não há princípio a *priori,* que diga depender da completa liquidação a extinção da personalidade jurídica, porque se pode dar que a lei estabeleça a eficácia ipso iure da causa de extinção. Nem há o princípio a priori da eficácia *ipso iure,* porque, de regra, exatamente o

contrário é o que se dá. Portanto, há duas espécies de liquidação, — a liquidação ante-terminação e a liquidação pós-terminação. A pessoa jurídica somente termina ipso *iure* quando, com o fato, perde a capacidade de direito; e essa tautologia explica que haja liquidações pós-terminação.

(a) A deliberação de dissolver a sociedade ou associação tem de ser por maioria absoluta (arg. ao art. 1.394) dos votantes, excluídos, pois, os que se ausentaram e os que votaram em branco; salvo se o ato constitutivo dispôs diferentemente, inclusive exigindo duas ou mais assembléias. Não *vale* a regra que tire à totalidade dos membros o direito de dissolução, nem a que faça indissolúvel a associação ou a sociedade. Aqui, há nulidade, e não anulabilidade. A dissolução da sociedade ou da associação, ou a liquidação da sociedade por ações, sem que se proceda à *averba*ção na inscrição personificante, permite que exista personalidade sem enchimento, isto é, com suporte fático dissolvido. Daí resulta que, levando-se à averbação outro ato constitutivo, ou distrato do negócio dissolutivo, com revogação do ato constitutivo negativo, se dá o *pôs-enchimento do suporte Fático* ou *reenchimento constitutivo.*

(b) Se regra jurídica nova incide, tirando a personalidade, perde-a a entidade. (Aqui surge o problema do *ius quaesitum à* personalidade). A eficácia da lei depende dos seus termos: pode ser *ipso iure,* ou para após a liquidação.

Se regra jurídica, existente ao tempo da inscrição, é *aplicada,* negando a personalidade, não há eliminação da personalidade, rigorosamente; já o registro produziu seus efeitos (aliter, em caso de provimento de recurso contra o registro). No art. 167, o Decreto-Lei nº 2.627, revogado pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 300, com exceção dos arts. 59 a *13,* disse que seria judicialmente dissolvida, a requerimento do órgão do Ministério Público, a sociedade anônima ou companhia, ou a sociedade em comandita por ações, que tivesse objeto ou fim ilícito, ou desenvolvesse atividade ilícita ou proibida por lei. No *§ 1º* estatuia que a sentença que decretasse a dissolução ordenaria a imediata apreensão dos bens sociais, caso não tivessem sido, a requerimento do Ministério Público, anteriormente sequestrados. Transitando em julgado a sentença, seriam os ditos bens incorporados ao patrimônio da União. No *§* 2ª regrava-se que a responsabilidade penal dos Diretores, gerentes, fiscais *e* sócios ou acionistas seria apurada na conformidade da lei penal comum ou

especial. O art. 167, *§* 1º, 2ª parte, tinha de ser conferido com o art. 141, *§§* 31 *e* 30, da Constituição de 1946, assunto estranho a esta obra. A sentença trânsita em julgado tinha eficácia imediata, ainda que se tivesse de proceder à liquidação. Dava-se o mesmo a respeito das sociedades cooperativas (Decreto-Lei ne 5.893, de 19 de outubro de 1943, art. 35, 3).

(c) Se a autorização estatal foi retirada, desfalcou-se o suporte fático da pessoa jurídica; o que fica, no lugar dele, pode ser laço negocial, — não suporte fático da pessoa jurídica, que se entendia constituir. Se outro fim possuía, separável, e para esse não precisa de autorização, o registro pode fazer-se, desde que se corrija o ato constitutivo.

A decretação judicial da ilegalidade ou da inconstitucionalidade da retirada da autorização estatal contém desconstituição do ato estatal e declaração da não-cessação da personalidade. Se a averbação não fora feita, de nada se precisa no registro. Se foi feita, a sentença contém elemento mandamental suficiente para o cancelamento da averbação

(d) As sociedades e associações podem ser sem prazo de duração (termo final), ou com termo final, ou condição.

A pessoa jurídica somente termina com a liquidação completa, porque o termo final ou a condição se refere á sociedade ou à associação, e não à pessoa jurídica (arts. 1.399, 1, cp. art. 21, que a isso não se refere). Enquanto há personalidade, pode dar-se o *pós-enchimento cio suporte fático* ou *reenchimento constitutivo.*

(e)

As pessoas jurídicas terminam a existência quando morre o último dos seus membros (P Oedmann, *Alígemeiner Teil,* 202; E. Hólder, *Aligemeiner Teil,* 186; G. Planck, k *ommentar,* 1, 4º ed., 147). Se resta um, pode dar-se, se não é o caso de *(f),* que outras pessoas ingressem. O que resta, morto o último dos membros, pedence aos herdeiros dos membros, em comunhão, procedendo-se à liquidação. A morte do último membro opera a terminação da existência, *ipso jure.* A liquidação já é pós-terminação. Não há possibilidade de *pós-enchimento* do suporte *fáLico.* Procurou G. Schwartz (Krítisches Ober Rechtssubjekt und Rechtszweck, *Archiv fúr Búrgerliches Recht,* 35, 68) provar que a personalidade jurídica persiste, a despeito da morte de todos os membros, porque persiste a própria sociedade ou associação.

A doutrina é no sentido de que só há continuabilidade se resta um membro. Tal a solução romana (E Regelsberger, *Pandekten,* 1, 335) e a tradição até hoje (J. v. Staudinge~ \/*orträge,* 121; H. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 52; E. Zitelmann, *Aligemeiner Teil,* 65; C. Crome, *Svstern,* 1, 252; G. Planck, *Kommentar,* 1, 4º ed., 147). Na L. 7, § 2, D., *quod cuiuscum que universitaus nornine vel contra earn agotur,* 3, 4, Ulpiano disse que, tratando-se de decuríões ou de outras universalidades, não importava se todos permanecessem, ou se parte subsistisse, ou se todos se houvessem mudado. Mas, se a universalidade se reduzia a um só, mais se admitia *(rnagis admittitur)* que possa esse demandar *e* ser demandado: o direito de todos recaiu num só *e* subsiste o nome da corporação *(cum ius ominium in unum recciderit* et stet nomen universitatis). Note-se bem, trasladando-se aos nossos dias, em que há o registro: o direito de todos recaiu num só e a personalidade, devido à subsistência do *nomen* e do efeito registrário, continua.

(f) Se a lei fixa número mínimo legal de membros, — quando a pessoa jurídica já o não satisfaz, dá-se a dissolução da sociedade ou associação. Nas sociedades anônimas (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. art.

206, 1, d), a existência de um único acionista, verificada em assembléia geral ordinária, só tem o efeito de estabelecer a liquidação da sociedade se o mínimo de 2 (dois) não for reconstituido até a assembléia do ano seguinte, ressalvada a hipótese em que a companhia tenha sido constituída mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira (subsidiária integral). A personalidade contínua até se completar a liquidação, o que se há de entender para todas as pessoas jurídicas, civis ou comerciais, porque o que se dissolve é o suporte fático. Quanto às sociedades cooperativas, a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, fé-las dissolvidas *ipso iure se* há redução do número mínimo de associados ou do capital social mínimo se, até a assembléia geral subseqoente, realizada em prazo não inferior a 6 (seis) meses, eles não forem restabelecidos.

Não é a personalidade que se extingue *ipso fure;* entra a liquidação, persistindo a personificação até o final. A personalidade pode *continuar,* reenchendo-se o número mínimo, em virtude de novo ato constitutivo, que se registre *antes* de ser averbada a dissolução. E o *pós-enchimento do suporte fático,* ou p *reenchimento constitutivo.*

2. *Averbação.* A extinção da capacidade de direito tem de ser *averbada* no respectivo registro. (Já o Decreto nº

4.857, de 9 de novembro de 1939, dizia no art. 132 que seriam averbadas, nas respectivas inscrições, todas as alterações supervenientes, que importassem em modificação das circunstâncias constantes do registro, atendidas as exigências das leis especiais em vigor. Primeiro é de discutir-se se (a) a eficácia do registro é declaratória (J.

Biermann, *Búrgerliches Recht,* 1, 498; G. Planck, Rommentar, 1, 4º ed., 148; A. vonTuhr, *Der Allgenieine Teil,* 1,562; O. Warneyer, *Kommentar,* 1,100), ou *(b) constitutiva negativa* (H. Rehbein, Das *Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 52; C. Crome, *System,* 1 252, nota 4).

Tem-se de distinguir: dissolução da sociedade ou da associação e

extinção da personalidade. Quanto à dissolução da sociedade ou da associação, a resposta tem de ser no sentido de (a): a lei não exigiu *para* a dissolução o registro; e é da natureza das dissoluções que operem os seus efeitos desde logo *(ipso iure,* ou em virtude de ato que termine a liquidação, ou de sentença). Quanto à extinção da personalidade jurídica, ou resulta de sentença trânsita em julgado cuja eficácia é antes do registro (efeito mandamental da sentença), ou do ato de retirada da autorização, ou de fato concernente ao suporte fático. Na última espécie, a averbação é constitutiva negativa, como as alterações o seriam; nos outros, de ordinário, a averbação é somente para *plus* de publicidade. Sempre que a averbação é constitutiva negativa, é possível, enquanto ela não se faz, o pós-enchimento do suporte fático.

3. *Sociedade e associação.* A sociedade e a associação dissolvem-se pela consecução do fim social, ou pela verificação de ser inexequível (art. 1.399, III). Discute-se quanto à terminação da pessoa jurídica: *a)* se os membros podem decidir quanto à terminação ou à mudança de objeto, alterando o ato constitutivo (G. Planck, *Komentar,* 1, 4º ed., 103; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 261; ou 14 se a extinção é inevitável, acarretando-a a consecução do fim ou a inexequibilidade dele (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1, 558); ou c) se cada membro pode pedir a extinção (pretensão a extinguir, cf. J. Kóhler, *Lehrbuch,* 1, *§* 175, IV). Nas opiniões a) e *c)* há possibilidade de *pós-enchimento do suporte fático; não* assim, na opinião *b),* se se concebe a extinção como *ipso iure,* opinião a que chamaríamos *b*“*)* e é a de A. von Tuhr, para quem

o registro da extinção é sempre declarativo.

4. *Falência.* A falência só determina a liquidação concursal da sociedade ou da associação; bem assim o concurso de credores.

Não há dissolução ipso *iure* delas; nem, *a fortiori,* extinção da personalidade. O art. 335, 2, do Código Comercial está derrogado; e, ainda que não estivesse, só se referiria ao suporte fático (art. 335, alínea final).

5.

Transferência de sede para o estrangeiro. A transferência da sede de pessoa jurídica para o estrangeiro torna não suscetível de registro o ato constitutivo. A alteração não pode ser averbada para que se continue com a personalidade conferida pelo sistema jurídico do registro; de modo que a averbação produz, *ipso iure,* a extinção da personalidade. Pode persistir a sociedade ou a associação não-personificada, o que é outra questão. Se a nova entidade há de ter filial ou agência no Brasil, precisa de *aprovação* do ato constitutivo, antes do registro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 11, *§* 1º).

6. O *art. 5º, XIX, da Constituição de 1988.* No Decreto-Lei nº 9.085, de 25 de março de 1946, art. 6º, dizia-se:

"As sociedades ou associações que houverem adquirido personalidade jurídica, mediante falsa declaração de seus fins, ou que, depois de registradas, passarem a exercer atividades das previstas no art. 2ª, serão suspensas pelo Governo, por prazo não excedente de seis meses. Essa suspensão é, hoje, contrária à Constituição de 1988: primeiro, porque o art. St XXXV, foi claro em enunciar que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"; segundo, porque a medida de segurança teria de ser pedida ao Poder Judiciário. Se houve falsa declaração de fim, ou se o registro foi feito sem que o devesse fazer o oficial, ou que o ordenasse o juiz (decisão mandamental do art. 39 do Decreto-Lei nº 9.085), ou ~e passaram as sociedades a exercer atividade ilícita, "a concessão do registro não obsta à propositura da ação de dissolução" (Decreto-Lei nº 9.085, art.

59,)) parte; a 2ª parte é contrária á Constituição de 1988), conforme o art. 21, II, do Código Civil e art. 2ª do Decreto -

Lei nº 9.085, perante o juízo competente (Constituição de 1988, art. 59, XIX: "as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado". Também não podem ser organizados, nem registrados, nem funcionar, no Brasil, partidos políticos cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade de partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem (Constituição de 1988, art. 17). Também aqui qualquer decisão somente pode emanar do Poder Judiciário.

7.

Dissolução por *atividade ilícita.* Disse o art. 6º do Decreto-Lei no 9.085: „As sociedades ou associações que houveram adquirido personalidade jurídica, mediante falsa declaração de seus fins, ou que, depois de registradas, passarem a exercer atividade das previstas no art. 2ª, serão suspensas pelo Governo, por prazo não excedente de seis meses." No parágrafo único, acrescentouse: "No caso deste artigo, os representantes judiciais da União deverão propor, no juízo competente para as causas em que esta for pode, a ação judicial de dissolução (Lei nº 4.269, de 17 de janeiro de 1921, art. 12; Lei nº 38, de 4 de abril de 1935, art. 29; Código de Processo Civil, art. 670)." Temos de separar as espécies, que o legislador encambulhou no art. 6º: a) declaração falsa de fins, espécie em que há falsidade da declaração *e* registro fundado na declaração falsa, de modo que, para se cancelar, com eficácia *ex nunc,* o registro, tem-se de declarar (questão prévia) a falsidade da declaração (cumulação de ações: ação declaratória negativa, fundada no art. ***4º,*** 11, do Código de Processo Civil, *mais* ação de cancelamento do registro); *b)* atividade ilícita posterior, espécie em que se precisa de provar a ilicitude da atividade, a despeito do fim lícito e não falso, *e* se pedir o cancelamento (ação de dissolução, cuja sentença favorável tem eficácia mandamental de cancelamento). Levanta-se a questão da *suspensão* da atividade *de,* por seis meses, pelo governo (isto é, Poder Executivo). O art. 6º do Decreto-Lei nº 9.085 é, nesse ponto, contrário à Constituição de 1988, art. 59, XIX. A medida de segurança somente pode ser deferida pelo Poder Judiciário, com fundamento no direito material penal, ou no direito processual civil, como e.g. se passava nos arts. 675, 1 e ii, e 676 (exemplificativo!) do Código de Processo Civil de 1939.

Extinta a pessoa jurídica, tem-se-lhe de dar destino ao patrimônio. O art. 23, o art. 22 ou o art. 30 incide. O fim da liquidação é exatamente realizar o ativo *e* o passivo, sem se precisar da ficção da sobrevivência. O patrimônio das pessoas jurídicas de direito público tem o destino que a Constituição ou a lei lhe dá (op. B. Steinbach, Das *Schicksal des Vermâgens,* 9).

§ 101. Liquidação

1. *Conceito.* O que se liquida é o patrimônio. E isso o que se há de entender por "liquidação das sociedades", em que a elipse ressalta. Nem sempre se liquida. O ato constitutivo é que decide, em primeira plana, da sorte do patrimônio. Nem, ao tratar-se de pessoas jurídicas, se deve cogitar da liquidação. Só se liquida o que pertence ou pertenceu à pessoa jurídica, portanto algo que é estranho à personalidade mesma e só diz respeito ao suporte fático. Se o ato constitutivo dispôs que o patrimônio iria à União, ao Estado Federado, ao Território, ou ao Município, ou a alguma outra pessoa, de direito público ou privado, dá-se a sucessão sem liquidação, ou após liquidação, se foi admitido, o que é de se assentar, na dúvida. Nas espécies em que as pessoas de direito público, ou de direito privado, recebem o patrimônio por força de lei, tudo se passa à semelhança da sucessão das pessoas físicas. Também pode deixar de haver liquidação, se foi previsto que se acordasse na destinação do patrimônio e isso se fez, excluída a liquidação prévia. Se não há sucessão segundo a lei, ou conforme o ato constitutivo, nem por acordo dos membros, o patrimônio tem de ser partilhado pelos membros. Ainda aí a partilha amigável pode excluir a liquidação, sem prejuízo a terceiros, ou a terceiro e à minoria (arg. ao art. 21, 1).

2.

Liquidação antes da perda da *personalidade.* A liquidação quando *(a)* se faz ante-terminação da personalidade é sempre para se entregar aos sucessores o que se apurar; se *(b)* se faz pós-terminação, é liquidação à semelhança da sucessão causa mortis (pessoas físicas): a liquidação apenas retarda a entrega. Essa solução, de acordo com os princípios, supera a discussão da doutrina, que tem, de um lado, os que só admitem a categoria (a), qualquer que seja a liquidação, como H.

Rehbein *(Das Búrqerliche Gesetzbuch,* 56), E. Zítelmann *(Allgerneiner Teil,* 68), E. Eck *(Vorträge,* 1, 67) e L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 30º-34º ed., 264 s.), H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 1, 239, nota 40; cl. Kohler, *Lehrbuch,* 1, 355; 3. Biermann, *Búrgerliches Recht,* 1, 502 ***5.;***

Christian Meurer, *Die juristischen Personen,* 301; 3. Binder, *Die Rechtstellung des Erben,* 1, 14 ***5.;*** A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* 1, 565, nota 35), e, de outro, os que só admitem *a* categoria *(b),* que é a da sucessão universal imediata, antes da liquidação (E. Hôlder, *Aligemeiner Teil,* 163; Th. Kipp, em B. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9º ed., 295; B. Matthíass, *Lehrhuch,* 6º~7e ed., 59; R. Leonhard, *Aligemeiner Teil,* 143; Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht,* 1, 570, e II, 456, e *Vereine oPine Rechtsfàhigkeit,* 47, nota 87; 1□. Hellwig, *Die Vei-trôge auf Leistung* an *Dritte,* 393, e *Anspruch und Klagrecht,* 203; E Hellmann, *Vortrãge,* 22; E Bernhóft, *Zur Lehre von den Fiktionen,* 262; A. Leist, *Untersuchungen,* 162).

3.

Procedimento liquidativo. A liquidação é procedimento para se pagarem as dívidas e se atribuir a quem deva ser atribuído o que sobrar. Durante ela, considera-se como subsistente a pessoa jurídica, para o fim de liquidação. A vida, propriamente, terminou; o que contínua é o processo de decomposição. Já não lhe vão heranças e legados (H. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 55; A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1, 564; sem razão, P. Oertmann, *Allgemeiner Teil,* 1, 564, e G. Planck, *Kommentar,* 1, 114); se a pessoa jurídica é titular de relação jurídica que termina com a morte do titular, a ocorrência é morte; se o usufruto, ou o uso, fora para os fins da pessoa jurídica, cessa.

A transferência a favor dos que hão de receber o que for apurado opera-se como pagamento. Têm eles crédito contra a massa líquida (C. Crome, *System,* 1, 258, nota 14; O. Warneyer, Kornmentar, 1, 79), *desde* a perda da personalidade pela entidade dissolvida. Não importa se o destinatário conhece o seu direito, ou se o não conhece, ou, ainda, se não reconhece que é credor; nem se há de exigir qualquer contraprestação. Se recebe injustificada-mente, há ação de enriquecimento injustificado. Se recebe coisa que não era da pessoa jurídica, pode adquiri-la por usucapião com titulo e boa-fé (arts. 551 e 618). Antes de correr o prazo de usucapião, tem de entregar ao dono a coisa recebida.

A favor da transferência *ipso iure,* O. Gierke *(Vereine oPine Rechtsfóhigkeit,* 47), R. Leonhard *(Aligemeiner Teil,* 141), K. Hellwig *(Die Vertrãge aul Leistung an Dritte,* 393; *Anspruch und Klagrecht,* 227 **S.;** *Wesen und Begrenzung der Rechtskraft,* 210 ***5.;*** *Lehrbuch,* 1, 280; F. Bernhôft, *Zur Lehre von den Fiktionen,* 261; A. Leist, *Untersuchungen,* 162); mas sem razão: seria preciso que a lei o dissesse, e a lei não no diz, nem o mi. 1.572 se pode invocar por analogia. Além disso, os imóveis só se transferem com o registro.

A liquidação obedece aos arts. 655-674 do Código de Processo Civil de 1939 (Código de 1973, art. 1.218, VII).

Tem ela por fim principal a defesa dos credores, uma vez que os membros não respondem pelas dívidas da pessoa jurídica. Daí não poder ser excluído o processo de liquidação, nem alterado num ponto de interesse dos credores (G. Planck, *Rommentar,* 1, 110; Chr. Meurer, *Die juristischen Personen,* 308 ***5.;*** sem razão, C. Crome, *Systern,* 1, 257, nota 9; H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 1, 239 s.). Se há insolvência, ou falência, o processo é o de concurso de credores ou o falencial. Se algo resta de ativo, passa-se do processo concursal ou falencial ao de liquidação (E. Jaeger, *Kornmentar zur Konkursordnung,* 449, nota 12; H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 1, 240).

Liquidante é que foi designado por ato constitutivo, ou estatutos, ou pela lei. Se a lei nada disse, nem o ato constitutivo, nem os estatutos, o liquidante é escolhido conforme o art. 657, *§* 1º, do Código de Processo Civil.

Os liquidantes ficam na posição jurídica dos diretores, mas limitada ao fim da liquidação, o que lhes pode dar poderes de dispor que os diretores não tinham. Se há pluralidade de líquidantes, os atos hão de ser deliberados por unanimidade. A assembléia funciona para os fins da liquidação. O direito brasileiro não tem a destituibílídade vazia dos liquidantes, ainda por unanimidade; é preciso que ocorra o que explicitamente se prevê no art. 661 do Código de Processo Civil.

A cobrança dos créditos e quaisquer atos concernentes ao ativo não precisam ir além do que é de mister à satisfação dos credores e á distribuição do ativo. Dai poder-se entregar esse aos destinatários, *in natura. Se* cederam os créditos a terceiro, ou se a um deles os outros créditos foram cedidos, pode esse cessionário solver as dívidas e fundar outra pessoa jurídica, a que se transfira, indiviso, o patrimônio. Os próprios destinatários podem, antes de receber os créditos, criar

outra pessoa jurídica, a que os transfiram. Tal resolução, feita em assembléia, por unanimidade, ainda que tenha havido cessões a membros, espécie em que os cedentes se retiram, não é resolução da assembléia da pessoa jurídica extinta. O fim principal da liquidação, que é a satisfação dos credores, impõe ao liquidante o dever de convidar os credores á apresentação dos seus créditos, de acordo com o inventário feito (Código de Processo Civil, art. 660, 1). Se algum credor não se apresenta, deve o liquidante depositar em consignação em pagamento o que é devido. Se o liquidante inverte, com dano aos membros, o ativo, ou deixa de cobrar créditos, ou por outra razão lhes causa dano, em ato de administração, ou por exorbitância, responde aos membros que sofreram o dano. Se prejudica os credores, ainda que não prejudique os membros, como se solve dívida compensável, ou compensa contra dívida que resultaria de negócio jurídico nula, responde aos credores lesados.

4. *Termo* da *liquidação.* A liquidação termina com a entrega da quota ao último dos membros, ou com a adjudicação ao adquirente único, ou cessionário, ou cessionários, ou com a transferência a nova pessoa jurídica.

Quem recebe do liquidante mais do que lhe era devido tem dever de restituir, segundo os princípios de enriquecimento injustificado. A pretensão é dos membros que foram prejudicados e do próprio liquidante: se se pensou em haver terminado a função do liquidante, *ex hypothesi* (uma vez que alguém não foi pago integralmente), não terminou. Se o liquidante não tem mais funções, volta a elas; se alega que as suas contas foram aprovadas, não é de aceitar-se a sua alegação, porque a aprovação das contas é concernente à relação entre ativo *e* passivo, e não quanto à distribuição das quotas, que se rege pelos princípios concernentes à partilha dos bens de herança (Código de Processo Civil, art. 671 e parágrafo único).

Se algum credor aparece que não se conhecia, ou se tinha por solvido o seu crédito, ou por outro modo extinto, o liquidante ou os destinatários, se já receberam as suas quotas, têm o dever e a obrigação de devolver à massa o que receberam em excesso. A ação pode dirigir-se contra o liquidante, ainda que aparentemente hajam terminado as suas funções, ou contra os destinatários que receberam a mais. Esses, se o liquidante não quer ou não pode voltar às funções, podem pedir ao juiz que nomeie outro liquidante, ou apontar nome ao juiz, de acordo com o art. 657, *§* 1º do Código de Processo Civil. Se a

ação *(condictio indebiti)* pode ser dirigida contra os destinatários, que receberam, por se tratar de liquidação já terminada, discute-se em doutrina: a) contra tal legitimação passiva, Th. Engelmann *(J. v. Staudingers Kommentar,* 1, 249), H. Rehbein *(Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 58), Konrad Cosack *(Lehrbuch,* li, 506 s.), G. Planck *(Rommentar,* 1,117) *e* A. von Tuhr *(Der Allgerneine Teil,* 1, 571 **5.);** *b)* a favor P. Oertmann *(Allgemeiner Teil,* 166), GoldmannLilienthal *(Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 94, nota 47), C. Crome *(Svstem,* 1, 258, nota 14), L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1 30º-34º ed., 266), R. Leonhard *(Aligemeiner Teil,* 143), E. Matthiass *(Lehrbuch,* 61), e H. Hellwig *(Die Vertráge auf Leistung an Dritte,* 393, que aliás foi demasiado longe, por fugir aos princípios da *condictio indebiti).* A razão está com *b),* porque seria injusto que se imputasse ao credor que não foi pago a culpa de não ser incluído, e injusto que se não pudesse ir contra os membros que se enriqueceram recebendo mais do que o devido.

§ 102. Fundações

1.

Suporte fático do fundação. No suporte fático, de que sai a fundação, não há pluralidade de pessoas, ainda quando o ato fundacional parta de pluralidade de pessoas; pois esse ato coletivo, de procedência plural, não projeta no futuro essas pessoas.

Quando O. *von* Gierke *(Deutsches Prívatrecht,* 1, 645) quis *apontar, nas* fundações, união de pessoas, corpo, cuja alma seria a vontade duradoura do fundados facilmente se perceberia a mistura de organicismo e de dualismo, que se insuflara na sua concepção. A vontade do fundador perdura, a sua declaração de vontade entrou no mundo jurídico, e desde o ato institucional começou de irradiar efeitos. A requintes semelhantes chegaram E.

Zitelmann *(Begriff und VVesen der juristischen Personen,* 72) e C. Crome *(System,* 1, 234), afirmando a *omnipresença* dessa vontade, pelo tempo fora. A *voluntas,* aí, é o que a *voluntas* deixou após si; a *uoluntas* não é mais, — só é a sua eficácia. Tal como a luz da estrela, que se acabou; o que se lhe *vê* é *a* luz. Assim no testamento e na fundação, como em todos os atos *e* negócios jurídicos; não importa se vive, ou não, quem

manifestou a vontade, ou praticou o ato. E velho vício ver-se o *efeito* crendo-se que se vê a causa, que talvez já tenha desaparecido. A tentativa de considerar sujeito de direito, nas fundações, os destinatários, e não as próprias fundações (Christian Meurer, *Die juristischen Personen,* 43 s.; cf. R. von dhering, *Der Zweck irn Eecht,* 1, 469), édesmentida pela realidade: de regra, não têm eles qualquer direito; a fundação é que vai, na consecução do seu fim, criando-os; os destinatários não podem *pretender,* nem, tampouco, *acionar, e* a situação deles não é superior à das pessoas a que se dirige a promessa ao público porque se compreendem no público. Também é inadmissível a concepção que vê nas fundações modus ou encargo ao Estado (R. Henle, *Lehrbuch,* 1, 442).

2.

Natureza da fundação. Para alguns, a fundação é ficção: imagina-se existir a pessoa que não mais existe, ou, pelo menos, já está ausente de toda a atividade da fundação. Essa teoria artificial ainda teve adeptos, apesar de superada, de muito, a realidade em que parecia inspirar-se. A respeito da fundação, A. Brinz *(Lehrbuch,* 11, 2ª

ed., 508) insistiu no absurdo dos direitos sem sujeitos: os direitos, com que se compõem o patrimônio, destinar-se-iam a objeto, e não a sujeito. O direito de crédito mudaria de estrutura, se, em vez de pertencer a pessoa física, pertencesse à fundação. Para L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 30º-34º ed., 274), a fundação é" organização", dotada de personalidade juridica, para a consecução de fins determinados. Todas essas teorias datam, sociopsicologicamente, os seus autores: correspondem a período da evolução psíquica do homem, *a)* Não há ficção: a lei nunca disse que se fingiria haver pessoa, disse sempre que há pessoa; *e,* antes de o dizer, as fundações foram sujeitos de direito, e viu-se isso, *de cima,* do sistema que contempla o sistema jurídico; os direitos não mudam por serem pertencentes a pessoas físicas, ou a pessoas jurídicas, inclusive fundações; há vontade da fundação e atos dos administradores, que são atos seus. *b)* Não há direitos sem sujeito: exatamente o que os sistemas jurídicos afirmam é que as fundações são sujeitos de direito, e a regra, que as diz pessoas, é o enunciado do sistema acima do sistema jurídico que contempiara esses direitos. c) Não há corpo e alma: primeiro, porque esse dualismo é estranho à técnica jurídica; segundo, não há diferença *entre* ter morrido o fundador, ou não ter morrido, como ter morrido o que contratou ou não ter morrido. A fundação por negócio jurídico testamentário é apenas uma das espécies de criação da fundação. Quando alguma

manifestação de vontade entra no mundo jurídico e se faz ato jurídico, os seus efeitos são *desde* aí, e não de *cada momento de vontade, ao longo do tempo.* É indiferente à fundação, como pessoa jurídica, que o fundador tenha morrido ou não. *d)* Não se trata de "organização" personificada: havê-la-ia também na sociedade, ou na associação personificada. e) A regra jurídica que personifica a fundação não é diferente da que personifica a sociedade, ou a associação, ou o homem. Há suporte 1 ático, que a regra juridica tem por *suficiente;* incide a regra jurídica, o suporte fático entra no mundo jurídico e o efeito personificativo produz-se.

§ 103. Figuras parecidas com a fundação

1. *Fundação, órgãos e funções.* (A) A fundação tem o seu patrimônio, a sua sede, a sua administração; e personifica-se. A personalidade é-lhe fato posterior à criação, como posterior à criação é a personalidade das associações e das sociedades; salvo excepcional simultaneidade. Falta à fundação o órgão equivalente ao corpo que a criou, como a sociedade e as associações têm a assembléia. Os órgãos da fundação servem, não ditam o que se há de fazer Deve-se à Reforma tê-la estendido a outros fins que os fins pios, — o que permitiu dispensar-se a técnica das sociedades e associações com que se conseguia o que mais próprio seria às fundações.

Se o que se destina a algum fim duradouro é entregue a alguma pessoa juridica, ainda que fundação, ou a pessoa física (o que é mais raro), de modo que ela cumpra o de que se encarrega, não se *funda,* — doa-se, com encargo ou modo (art. 1.180). Se aquilo, a que se há de aplicar o dinheiro, ou outro bem entregue, é o próprio fim do donatário, não há mais do que a doação pura e simples. Para isso, não há mister autorização estatal, nem qualquer ingerência do Ministério Público. As denominações de fundações não-autônomas ou fiduciárias (J. Kohler, Recht der Stiftung, *Archiu for Búrgerliches Recht,* III, 268 **S.;** c. p. E. Regeisberger, *Pandekten,* 342 s.), não são felizes: falta a esses bens qualquer elemento fundacional; pode haver fidúcia, não fundações. Quanto ao cumprimento do encargo, ou aplicação das verbas, tratando-se de interesse público, rege o art. 1.180, parágrafo único; e seria de estabelecer-se, de jure *condendo,* fiscalização mais independente e mais eficiente do Estado, se bem que o objeto da

doação se integre no patrimônio da pessoa juridica, ou no patrimônio da pessoa física. A doação com encargo pode ser revogada desde que o donatário não no cumpra (arg. ao art. 1.181, parágrafo único: "A doação onerosa poder-se-á revogar por inexecução do encargo, desde que o donatário incorrer em mora."). A "revogação", aí, exerce-se pela ação de que tratam os ads. 1.184, 1.185 e 178, *§* 6º, 1. As chamadas fundações autônomas ou fundações fiduciárias nenhuma garantia dão contra os credores da pessoa que recebe o objeto da doação. O que, no direito brasileiro, se pode estabelecer *é* a condição resolutiva, ainda para as doações de bens imóveis, ou que contenham bens imóveis (art. 647; *aLter,* no direito alemão, A. Schultze, Treuhânder, *Jherings Jahrhúcher,* 43, 34 ***5.;*** A. von Tuhr, *Der Aligerneine Tei~,* 1, 596, nota 16). Outra cautela tem-se no *pacto de administração separada,* que nem sempre torna fundação, no sentido próprio, a destinação, porém que, na dúvida, tem tal Consequência. As vezes, o negócio jurídico apresenta as características do fideicomisso (arts. 1.733-1.740). As regras jurídicas dos arts. 24-30 não incidem quanto às fundações não-autônomas ou fiduciárias (O. Warneyen *Kommentar,* 1, 103).

2. *Subscrição.* (B) O patrimônio composto por subscrição em todo o público, ou em menor círculo, para determinado fim (socorros a vítimas de seca, inundações, desastres ou incêndios; ereção de monumento, ou abertura de estrada, ou rua; presentes, celebrações, ou festas), é inconfundível com a fundação; trata-se, ordinariamente, de *patrimônio especial,* fiduciário, do que ou dos que coletam, com a particularidade de estar incólume à execução pelos credores do coletor, ou coletores, e ao concurso de credores (A.

Brínz, *Lehrbuch,*

1, 1ª ed., 1.020 e 1.062; E Regelsberger, 343, e Streifzúge, *Festgabe fOr* R. von dhering, 70 ***5.;*** A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* 1, 616). ~Têm-se de tratar tais patrimônios especiais pela analogia com as fundações? A questão vem de longa data e a discussão auxiliou a clarear-se a estrutura das *subscrições,* como fato jurídico. Houve quem visse em tais patrimônios: a) a personalidade jurídica (H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 1, 322; R.

Leonhard, *Der Aligerneine Teil,* 110 **5.;** J. Binder, *Das Problern der juristischen Persõnlichkeit,* 140 s.); ou *b)*

patrimônios destinados a fim sem sujeito (A. Brinz, *Lehrbuch,* III, 2ª ed., 508; E. 1. Bekker, *Svstem,* II, 281 **5.;** G. Schwartz, Rechtssubjekt

und Rechtszweck, *Archiu for Borqerliches Recht,* 32, 56 s. e 137); ou *c)* patrimônio administrativo interimístico (E. Hálder, *Nato r)iche und juristische Personen,* 320; Das Problem der juristischen Persônlichkeit, *Jherings iahrbocher,* 53, 91 s.); ou d) propriedade, por partes ideais, dos subscritores, e direito real do colecionador (O. Fischbach, *Das 8am me)vermõgen,* 86 s., 112 s., também, no mesmo sentido, — Zur Lehre von Sammelvermõgen, *Deutsche Juristen-Zeitung,* 14, 261 s.; P. Krúckmann, Beschrãnkter Rechtserwerb, *Archiv for die civilistische Praxis,* 103, 300), o que se chocaria com o princípio do número fechado de direitos reais; e) propriedade dos subscritores e formação de associação com ou sem personalidade (O, von Gierke, *Deutsches Privatrecht,* 1, § 80, nota 43, *Vereine* ohne *Rechtsjàhigkeit,* 46, nota 82; K. Hellwig, *Die Vertrdge* auf *Leistung an Dritte,* 238 s., *Anspruch* und *Klagrecht,* 297 s., *Lehrbuch,* 1, 293 s., e 306 ***5.;*** R. Beyer, *Die Surrogation,* 333 s.; *J)* propriedade fiduciária do coletor ou propriedade comum fiduciária dos coletores (F.

Regelsbergen *Pandekten,* 343 s., Streifzúge, *Festgabe for* R. von Jhering, 70 ***5.;*** A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1, 617 ***5.;*** A. Schultze, Treuhãnder, *(Jherings Jahrbúcher,* 43, 35 s.; F. Leske, *Verg)eichende Darste)Iung,* II, 295; E. Eck, *╲ortràge,* II, 560; H. Schlegelmilch, *Uber das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschàfts,* 11-14; C. E. Kônig, *Die õffentliche Samrnlung von Vermãgen,* 43 s.; A. Kayser, *Das Sammelvermõgen,* 59 s.).

As coletas para beneficência e fins de utilidade comum, em vez das coletas-esmolas, exercem, hoje, relevante papel na vida social. Pululam as comissões de caridade e de socorros. Os que coletam nem sempre são os membros da comissão, ou os iniciadores do movimento. Há, por certo, entre o que dá (aqui, por abreviação, dito subscritor), e o coletor, negócio jurídico, que não é o de mandato, nem a locação de serviços, nem o contrato de trabalho. Foi em 1868 que G. E. Puchta (Uber Sammlung zu õffentlichen Zwecken, *1? Hinschius Zeitschrift,* II, 473) cogitou da relação jurídica da coleta. Devido a observação de E. Strohal (Bemerkungen, *Jherings JahrbOcher,* 34, 336), inseriu-se o *§* 1.914 do Código Civil alemão; mas sem qualquer ajuda à pesquisa científica sobre o instituto.

Comissões não são sociedades, nem associações; são ajuntamentos, que passam, embora mais perduráveis do que os grupos que acidentalmente se formam para defesa comum, em desastres ou assaltos. As comissões de festa, nos vapores, nos hotéis de recreio, nas estações de águas, ou em bairros, já estão às fronteiras das coletas, se

não são, desde logo, criadoras de negócios jurídicos de coleta. Ninguém procura registrar essas comissões para lhes dar estrutura associativa, ou social, e personificá-las. Sabe-se que são temporárias. Falta-lhes, de regra, todo *animus contrahendi.* Porém nem sempre; e aí começa a juridicidade do negócio de coleta. Aparecem decisões por maioria, orçamentos, planos e alterações de planos para a consecução dos fins da coleta, — a caminho da associação, ou da sociedade, ou da fundação ou do patrimônio coletado, distinto dos patrimônios dos subscritores e coletores, suscetível de impor-se na ordem jurídica e com certa parecença com as fundações. Há, então, contrato entre o coletor e os subscritores, mas contrato inominado. Não é doação: pode ser doação o que se passa entre os subscritores e os destinatários determinados. Entre o coletor e os subscritores, há negócio jurídico causal, gratuito, porém não doação. Há patrimônio especial, com a incidência eventual do *Res succedit zn Iocum pretii, pretium* succedit *in locum rei* (princípio da sub-rogação). Não se trata de simples coleta, para gozo em comum dos subscritores, como a das comissões de festas e diversões, em que os destinatários são os próprios subscritores. A linha discretiva está evidente. O negócio jurídico de coleta não supõe, pelo menos, dois subscritores (sem razão, M. lKiepert, *Die Sarnmlungen* ***mi*** *wohltàtigen und gemeinnOtzigen Zwecken,* 4; Thimm, *Die Rechtsuerhàltnisse bei ,Sammelunternehmen,* 14; O. Fischbach, *Das Sammelvermõgefl,* 3; contra, A. Kayser, *Das Sammelvermõgen,* 31): a subscrição, em que uma só pessoa subscreveu toda a quantia necessária, não perde, por isso, a sua qualidade de subscrição, nem o patrimônio deixa de ser patrimônio coletado. Não seria o mesmo o patrimônio obtido, por pedido do coletor, ou dos coletores, a uma só pessoa. Contra a concepção de H. Dernburg argúiu Klauss (Die *offentlichen Sammlungen,* 18), que, se verdadeira fosse, o coletor ou os coletores proporiam ações em nome do patrimônio, o que se nega. Cair-se-ia no absurdo de se admitir que houvesse sujeitos de direito sem ter personalidade física ou jurídica (A. Kayser, Das *Sammelvermõgen,* 43), o que iria contra o que se sabe ser toda personalidade. Em verdade, não há personalidade para ser titular do patrimônio, enquanto não se evolve para a associação, para a sociedade, ou para a fundação, *e* não se registra a entidade. Para isso, é preciso o ato criativo (constitutivo ou institutivo), que falta no negócio jurídico de coleta; nem se conceberia ele inserto em determinação de fim não-permanente, posto que possa haver fundação de fim temporário e de breve consecução (cf. 3. Kohler, Recht der Stiftung, *Archiv for Borgerliches Recht,* III, 248).

Não é preciso que a coleta seja permitida por lei para que haja o negócio jurídico de coleta e o patrimônio coletado exsurja (cf. E

Bolchini, *Le pubbliche sottoscrizioni,* 267); pode haver o negócio jurídico de coleta e ser nulo, por ilicitude; patrimônio especial, *efeito* jurídico, é que não exsurge, porque o negócio jurídico nulo é, porém não *produz efeitos.*

3. *Coletas. (a)* Se a associação ou sociedade se constitui, ou se *(b)* a fundação se institui, claro é que o patrimônio coletado se faz patrimônio da entidade, e pode advir a personificação. Durante esse meio tempo, ou há a relação de associação ou de sociedade entre os subscritores, sendo associado ou sócio-gerente o coletor (se concorreu), ou simplesmente gerente; ou há a fundação, criada com os requisitos materiais e formais do art. 24. Se *(c)* não se constituiu associação ou sociedade, nem se instituiu fundação, tem-se de apurar se os subscritores transferiram a propriedade ao coletor, com o dever e obrigação de empregá-la no fim que se apresentou para subscrição, *patrimônio fiduciário,* ou *(d)* se não a transferiram. O problema reduz-se, então, ao de se saber qual das duas construções se há de ter por mais adequada e, pois, como a adotada, *em caso de dúvida.*

(a) A objeção que se levanta, quanto à possibilidade de existir sociedade, ou associação, por serem estranhos, às vezes, uns aos outros os subscritores, cai, porque se funda em confusão entre relação de contacto físico ou espacial (fática) e relação jurídica. Os subscritores da coleta, ainda que se não conheçam, estão em relação jurídica, por intermédio do coletor, ou coletores. Desde que existe *(a),* a redução do número dos coletores a zero, ainda que não se haja cogitado de substituibilidade, não importa em volta aos patrimônios dos subscritores: trata-se de patrimônio especial, que é indiferente às mudanças e acefalias de gerência. Se a associação ou sociedade não se personificou, incide o art. 20, *§* 2ª. O art. 22 pode ter de ser invocado. Com a personificação, dá-se a transferência da propriedade à associação ou à sociedade. Antes, portanto, só se está no plano do direito das obrigações, apesar da entrega ao sócio-gerente ou ao gerente.

(~» A objeção contra a concepção *(b)* é a de não haver elemento fundacional no patrimônio coletado. Se o há, a coleta é assunto do passado, que não mais entra em conta para a construção.

(c) A concepção do patrimônio coletado como pertencente aos coletores ou ao coletor, fiduciariamente, tem a vantagem de

coincidirem posse e propriedade, a de ser menor (provavelmente) do que o número de subscritores o de coletores e a de ter capacidade de direito o que gere ou de a terem os que gerem o patrimônio. Se o número de coletores se reduz a um, ou se há um só coletor, o patrimônio coletado de certo modo se mistura com o dele, apesar do dever e obrigação de empregar os recursos do patrimônio coletado de acordo com o fim da subscrição.

A maior dificuldade, que se aponta, é a derivada de se ter extinto o último dos membros, porque, não passando aos herdeiros a propriedade fiduciária, se tem de providenciar para que alguém receba o patrimônio. 2A quem *foi* a propriedade?

A titularidade do patrimônio destinado pode ser concebida ou resolutivamente, ou fiduciariamente. No caso dos patrimônios coletados, há mais do que a condição resolutiva, há a fidúcia. Essa é a razão por qUe o herdeiro do coletor, se ele era o titular, não herda, — sucede na fidúcia, o que depende de outros pressupostos subjetivos que o herdar. Se o coletor ou coletores passam a ser titulares do patrimônio e proprietários dos bens transferidos, há fidúcia e condição resolutiva. Não bastaria pensar-se nessa (sem razão, H. Schlichtberle, *Die rechtliche SteI)ung des* sog. *Komitees,* 69 s.); nem basta só pensar-se na fidúcia (sem razão, os que não atenderam à observação de A. Schultze, seguida por H. Schlegelmilch, *Uber* das *Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschàfts,* 11 s., C. E.

Kõnig, *Die óffentliche Samrn)ung,* 43 s., de que resolutividade e fidúcia somente podem dar-se na propriedade fiduciária germânica). No art. 647, há resolução, não há fidúcia; nos arts. 1.733-1.739, há as duas.

Ora, o herdeiro do coletor não herda, com a morte desse; nem o adquirente de má fé adquire. Os subscritores podem reivindicar. No concurso, têm eles o direito à exclusão. A condição resolutiva opera no momento em que se abre o concurso (H. Schlegelmilch, *Uber des Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschàfts,* 47), ou em que se vai executar o coletor. Por outro lado, quando o coletor, por negócios jurídicos como fiduciário, cria dívidas, o seu patrimônio não responde por elas (A. Kayser, *Das Sammeluermôgen,* 62). Não se pode dizer que, com a morte dos coletores ou do coletor, o patrimônio fique adéspota, *nullus (her* ren/os), como pareceu a 1 Kleemann *(Die Pflegschaft for em Sammeluermdgen,* 92) e a A. Schultze (Treuhãnder, *Jherings Jahrbticher,* 43, 45). Não houve renúncia pelos subscritores, nem derrelicção pelos coletores ou pelo coletor.

Se a propriedade passa aos coletores, o problema da relação jurídica surge: condomínio romano (G. E Puchta, Uber Sammlung zu ãffentlichen Zwecken, *1? Hinschius ZeitschriJt,* II, 579), o que, hoje, é inadmissível para os bens imóveis, pela falta de registro, e para os bens móveis, devido a não haver condomínio de direitos pessoais (todo patrimônio é composto de direitos); propriedade comum (Wolters, *Die Sammlungen,* 70; M. Kiepert, *Die Sammlungen,* 43 s.; J. Kleemann, *Die Pflegschaft* for *em Sammelverrnôgen,* 65; Kley, *Die Lehre* von *Samínelunternehmen,* 40-42; Klauss, *Die ójfentlichen Sammlungen,* 24; A. Oppenheimer, *Die fiduziarische Ein˚entumsúbertragung,* 43 s.); direito fiduciariamente limitado, mas só obrigacionalmente.

Naturalmente, é de repelir-se que o herdeiro do titular fiduciário receba sem a fidúcia a propriedade, que os bens vao a massa no concurso dos credores dos coletores ou herdeiros deles *e* que o terceiro de má fé adquira (sem razão, Wolters, *DieSammlungen,* 70 s., e Klauss, *Die óffentlichen Sammlungen,* 24), só restando a responsabilidade pela fidúcia obrigacional. Imagine-se que a subscrição foi para homenagem ao Partido A *e* o herdeiro do coletor é membro do Partido B: ~como admitir-se a transmissão? (A. Kayser, *Das Sammeluermógen,* 53). Tampouco, vai à massa dos credores o coletado. A transmissão do patrimônio só se dá se o herdeiro é inserivel na titularidade do patrimônio.

(d) A concepção da não-transferência implica que os subscritores continuam donos; apenas transferiram posse. A dificuldade teórica é a da natureza da comunhão entre eles e da relação jurídica entre eles e os coletores ou coletor.

Se os subscritores são, *ainda,* os titulares do patrimônio, discute-se qual a relação jurídica que ocorre: mão-comum (O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht,* 1, 672, nota 43; GoldmannLilienthal, *Das* BOrgerliche *Gesetzbuch,* 1, 105; C. Crome, *System,* 1, 270; A. Beyer, *Die .Surrogation,* 333; Christian Meurer, *Die juristischen Personen,* 16 **5.;** K. Hellwig, *Die Verträge auf Leistung an Dritte,* 238 s., *Anspruch und Klagrecht,* 287, *Lehrbuch,* 1, 306); por partes ideais, devido à comissão (Thimm, *Die Rechtsverhãltnisse bei Sarnmelunternehmen,* 52 s.), mas só exercíveis os direitos até onde o exercício não excluiria o direito do coletor ou coletores (a concepção deixa de levar em conta que pode haver direitos sobre bens imóveis no patrimônio e que o patrimônio se compõe de direitos, e não de bens).

Não é possível encontrar-se construção única para todos os patrimônios coletados. Para que se tenha como coletado o patrimônio, é preciso que tenha havido coleta, e o fim mantenha esse sinal de origem. Se a personalidade intervém, o sinal desaparece: há patrimônio sodial, ou fundacional, *e* não patrimônio coletado. Se o patrimônio coletado permanece como pertencente aos subscritores, tão-só, — patrimônio coletado há, e o coletor ou coletores desaparecem como figurantes, ou são gerentes ou co-titulares gerentes. Se o patrimônio coletado passou aos coletores, passou como patrimônio especial fiduciário, imune a execução e concursos dos credores desses.

A situação do coletor ou dos coletores titulares é *semelhante* à do fiduciário, nos fideicomissos, ou à do testamenteiro, que recebeu os bens a serem entregues aos herdeiros e legatários. O *fim* amarra-o, quer sejam titulares os coletores quer os subscritores. Naturalmente, o direito que precisaria de cedas formalidades, para se transferir, e não as teve, não se transferiu; o que se transferiu foi a pretensão a obter a transferência, pretensão obrigacional ou real, conforme a hipótese. Se a titularidade pertence aos subscritores, há administração confiada a pessoa estranha, ou a algum dos subscritores-coletores, ou a alguns, ou a todos, ou a coletor ou coletores. Nas espécies *(a)* e *(b),* a coleta pode estar, desde o início, destinada à futura pessoa jurídica, ou à entidade nãopersonificada, e então é apenas processo fático de formação de capital, ou dotação, ou pode transformar-se naquele, ou nessa, por declaração de vontade posterior. Nas espécies *(c)* e (d) é que se acham os problemas

próprios do patrimônio coletado *(Samrneluermõgen).* Têm-se de pôr de lado os problemas de *iure condendo (e.g.,* se convinha que as leis atribuíssem personalidade jurídica às subscrições públicas como alguns juristas entendem), sobretudo porque, não havendo ainda, no sistema jurídico, discipuna escrita das coletas, se têm de revelar as regras jurídicas não escritas, dentro do sistema jurídico de *agora.* A resposta a favor de *(c)* ou de *(d),* quanto à regra jurídica interpretativa, que se procura, dá-nos a chave do instituto. Não temos dúvida em afirmar que o enunciado, *ius interpretativum,* é o seguinte: Se não há fundação, nem associação de subscritores, nem sociedade de subscritores, e surge *dúvida* quanto à entrega de bens subscritos com transferência ao coletor, ou aos coletores, ou sem transferência, entende-se que se transferiram, fiduciariamente, ao coletor ou aos coletores, os importes das subscrições.

4. *Relações entre os coletores.* Tem-se procurado ver na relação entre os coletores e os subscritores o mandato, ou análogo do mandato. Nem sempre isso se dá: basta que se haja estabelecido entre os subscritores e os subscritores-coletores associação ou sociedade, para se ter de pensar em sócio-gerente; se só entre subscrítores, a gerência é que exsurge. A revogabilidade dos seus poderes depende, aí, da figura jurídica de que, *in casu,* se trata; não há resposta *a priori* (sem razão, A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* 1, 618, e *Die unwiderrufliche Vollmacht,* 47). Pense-se, ainda, em que se pode ter estabelecido fundação, ou propriedade fiduciária, ou resolúvel, o que dá ao coletor posições diferentes. E perigoso, em tais assuntos, procurar-se solução simplista.

5.

Aformalidade. O negócio juridico de coleta é aformal; não se exige, sequer, que os chamados subscritores se revelem. O coletor pode ser único, ou plural; porém o ato material de coletar não perfaz, sempre, o ato jurídico de coletar: pode dar-se que o coletor seja um só, e os coletores de fato ou encarregados de receber, apenas servidores da posse, ou depositários.

6.

Destinatários. Não há pretensão dos destinatários contra subscritores, coletores, ou pessoa jurídica, ou associação ou sociedade não-personificada (art. 20, *§* 2ª); salvo se a coleta se fez para determinada pessoa, ou determinadas pessoas, segundo critério preestabelecido, explícita ou implicitamente (K. Heinsheimer, Zum Prozess der Radboder Witwen, *Deutsche Juristen-Zeitung,* 14, 422 **5.;** A. von Tuhr, *Der Allgerneine Teil,* 1, 618).

§ 104. Negócio jurídico fundacional

1.

Ato de fundação. A fundação nasce de declaração de vontade do fundador, em escritura pública ou em testamento, sem intervenção do

Estado, que, através do Ministério Público, apenas as fiscaliza. Nos sistemas jurídicos em que se exige aprovação ou autorização estatal, o fundamento para tal elemento do suporte fático é o reterem as fundações, fora da competição econômica, parte considerável dos valores do país, permitindo, à sombra da *mão-morta,* velados desvios de quantias ("luvas", propinas, percentagens em compra ou em vendas e aluguéis de imóveis). Se há isenção de impostos, nem sequer o de renda pagam esses administradores delinqüentes , porque as quantias subtraídas não se declaram à repartição federal.

Não há negócio de fundação, sem a vontade de se criar pessoa jurídica, isto é, de se criar, com o registro, *sujeito de direito.* (A "fundação que não se deve registrar, para se manter em segredo, se lícito o negócio jurídico, há de reger-se por outros princípios: não é fundação; provavelmente, é associação, ou doação em prestações periódicas, ou contrato de constituição de renda.)

De regra, *instituir* é *fundar;* mas é possível que se cinda o ato de fundar em *instituição* e *fundação.* Então, o que institui (instituidor) não funda (não é o fundador). Isso acontece sempre que os estatutos não foram elaborados pelo instituidor, ou se a verba testamentária se há de interpretar como encargo ao herdeiro ou ao legatário, ou dever do testamenteiro.

2. *Natureza do negócio* juridico *criativo.* O negócio jurídico criativo da fundação é ato unilateral do fundador.

Nele, é que se determinam o fim da fundação e os meios com que pode contar, inicialmente. "Para criar uma fundação", diz o art. 24, "far-lhe-ão seu instituidor, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que a destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. Fim e patrimônio embora insuficiente esse, são, pois, elementos necessários. A maneira de administrá-la pode ficar àqueles a que o fundador cometer a aplicação do patrimônio. No direito brasileiro, a dotação de bens livres é elemento necessário, ainda que insuficientes, se podem vir a ser suficientes (arg. ao art. 25). Noutros sistemas jurídicos, discute-se: alguns juristas entendem que a fundação pode ser *vazia,* para que depois se encha (E.

Hôlder, Natúrliche *und juristische Personen,* 242 ***5.;*** R. Leonhard, *Aligemeiner Teil,* 120; A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1, 597; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 275, nota 9; E H. Behrend, *Die Stiftungen,* 1,

473); outros reputam pressuposto necessário a dotação (P. Oertmann, *Aliqemeiner Teil,* 213 ***5.;*** H. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 65 s.; E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 8º-9º ed., 215, 527 nota 7; H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 1, 3º ed., 312; 5. Schlossmann, Zur Lehre von den Stiftungen, *Jherings Jahrbúcher,* 27, 66; 3. Robler, *Lehrbuch,* 1, 387; 3. Binder, *Das Problem der juristischen Persdnlichkeit,* 126). A doutrina tradicional, que mais convém a texto como o do art. 24 do Código Civil brasileiro *e* art. 80 do Código Civil suíço, foi no sentido de ser exigido como substrato (expressão de 3. Unger, *Sys tem,* 1, 5º ed., 352; Roth, Uber die Stiftungen, *Jahrbúcher fúr die Dogmatik,* 1, 219) o patrimônio. Não é preciso que se transfira, desde logo, propriedade; é dotação, no sentido do art. 24, a promessa de transferir ou a promessa de prestar. Não assim a expectativa de festas de caridade, ou de coletas, ou de loteria (F. Meili, *Die KodiJication,* 59; V. Lampert, *Die kirchlichen StiJtungen,* 123 ***5.;*** E. Hafter, Personenrecht, em *Kommentar* de M. Gmúr, 1, 2ª ed., 288 s.).

No direito brasileiro, o patrimônio ou dotação pode não ser (ainda) suficiente, o que retira ao oficial, se algo há de dotação, inclusive promessa de prestar, a responsabilidade pelo registro e ao mesmo tempo a faculdade de negar-se a ele.

3. *Pressuposto do fim especificado.* O *fim especificado* é pressuposto material, necessário, da fundação. A referência à especialidade (ou especificação) do fim é para se exigir que seja designado o mais exatamente possível. Não bastaria dizer-se "fim de beneficência", ou "fins de caridade", ou "para aplicação de beneficência" (Ernst Hafter, Personenrecht, no *Kommentar* de M. Gmúr, 1, 2ª ed., 289). Não é preciso que o fim seja de bem à humanidade. Aqui, a extensão, que se deu, à escolha do fim foi mais além do que o admitiram o direito romano e o canonico; e não tem razão Max Húrlimann *(Die Stiftungen,* 50) quando pretendeu exigir que se tratasse de fim humanitário, ou de interesse humano. A extensão foi muito maior. Por outro lado, a dotação de bens insuficientes é vinculativa, determinando, se não se lhes juntam outros bens, a aplicação do art. 30. O fim não pode ser ilicito, ou nocivo; mas, se o é, o negócio jurídico fundacional é nulo; e a nocividade suscita a incidência da regra juridica do art. 30. Todavia, se, a despeito da proibição ou ilicitude originária, foi inscrita a fundação, só a ação de extinção pode ser proposta, ai com eficácia ex *tunc,* ressalvados os direitos de terceiros, segundo adiante se exporá.

4.

Pressuposto formal. É *pressuposto formal,* necessário, da fundação, a *escritura pública,* para a fundação a ser criada, antes, por ocasião ou após a morte do instituidor, ou o *testamento,* para a fundação a criar-se no momento da abertura da sucessão, ou depois. Trata-se, portanto, de negócio jurídico *formal.* Toda pessoa capaz

— pessoa física ou pessoa jurídica — pode ser instituidor ou fundador. A instituição por testamento pode ser feita pelo que completou dezesseis anos (art. 1.627, 1); porque tem capacidade testamentária.

5. *Patrimônio.* A *dotação de bens* somente é pressuposto quanto à segurança de que esses bens podem ser aumentados e bastariam à mantença da fundação, ou quanto a virem a pertencer, com segurança, à fundação.

Essa a razão por que o pressuposto está satisfeito se há promessa, que as circunstâncias tenham por promessa de adimplemento seguro.

6. *Insuficiência da* dotação. Em principio, a insuficiência de bens dotados, ou que formem o patrimônio da fundação, não obsta à *aprovação* dos estatutos, nem ao registro. A propósito da aprovação, o Código de Processo Civil, art. 1.200, diz que o órgão do Ministério Público verificará se bastam os bens ao fim a que ela se destina; porém não se há de entender que aí está regra jurídica que estatuísse: "não se aprovam os estatutos, em sendo insuficientes os bens". Tem o órgão do Ministério Público o dever *de* verificar e o reputá-los insuficientes o leva *a)* aos não aprovar, por enquanto, se é preferível o que se estatui, dispositivamente, no art. 25, ou *b)* aos aprovar, desde logo, exatamente para facilitar novas dotações e empregos de rendimentos, ou c) a negar-lhes aprovação, com caráter definitivo, por lhe parecer que se dá o caso de ser irremovível a situação ou de ser provável que se não se remova a impossibilidade de mantença. Na primeira e na última espécie, há o requerimento para o juiz, fundado no art. 1.201, § lº com a legitimação de qualquer interessado. O art. 25 dispõe: "Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens doados serão convertidos em títulos da dívida pública, se outra coisa não dispuser o instituidor, até que, aumentados com os rendimentos ou novas dotações, perfaçam capital bastante." Se a regra jurídica, que ai se contém, não incide, ou se o fundador *dispôs* diferentemente, falta qualquer dever do órgão do Ministério Público quanto à negação da

aprovação; apenas se trata de conversão de bens. Aliás, a própria conversão pode não ser conveniente, se os bens dotados são bens imóveis, que dêem melhor rendimento.

7. (1). Negócio *jurídico de vivo.* O negócio jurídico, por *vi vos, de* fundação é declaração unilateral escrita (por instrumento público), *não-receptícia,* que se aperfeiçoa com a assinatura do instituidor e das testemunhas, a par das demais formalidades próprias das escrituras públicas. O instituidor há de ser capaz, podendo empregar-se procuração com poderes especiais; se há incapacidade relativa, não basta a assistência do titular do pátrio poder, do tutor ou do curador, ainda que o juiz dê autorização: só o plenamente capaz pode instituir fundação por escritura pública (cf. arts. 386, 428,11, 453 e 459). Todavia, feita a escritura pública e assinada, a morte ou incapacidade do instituidor nenhuma Conseqüência tem, ainda que não se haja inscrito. O registro pode ser pedido pelo herdeiro ou por alguma das pessoas encarregadas de aplicar o patrimônio, ou qualquer dos destinatários, ou interessados, ou pelo Ministério Público, posto que o art. 121 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, fale de "representante" (antes, no art. 120, VI, a alusão foi a "apresentante" dos exemplares).

A diferença do que se passa no direito alemão (revogabilidade antes da aprovação estatal, Código Civil alemão, *§*

81), o negócio jurídico de fundação não admite revogação da declaração. *E irrevogável.* Também não se há de admitir a solução de parte da doutrina alemã que permitiu a fundação pelo relativamente incapaz (certo, *3.*

Biermann, *Búrgerliches Recht,* 512), e excluiu a procuração (H.Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 1, 313, nota 14; 3. Kohler, *Lehrbuch,* 1, § 183, 1; certo, G. Planck, *Kommentar,* 1, 153).

O negócio jurídico fundacional pode estar contido em negócio jurídico bilateral, inclusive contrato, porém, mesmo assim, não perde a sua natureza de negócio jurídico unilateral *e* não-receptício (C.Crome, *System,* 1, 266; H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 1, 313; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30º-34º ed., 276; E. Endemann, *Lehrbuch,* 1, 8º-9º ed., 210; B. Matthiass, *Lehrbuch,* 6º-7º ed., 64; G. Planck, *Kommentar,* 1,152 e 155; P.

Oertmann, *Aligemeiner Teil,* 215; sem razão, E. Hôlder, *Alígemeiner Teil,* 190, e *Nat rliche und juristische Personen,* 247; Konrad Cosacl□, *Lehrbuch,* II, 6º ed., 513; A. Manigk, *Willenserklârung und Willensgeschàft,* 320).

8. *Pluralidade de fundadores.* Se a fundação foi criada por duas ou mais pessoas, não há bilateralidade das declarações de vontade. Há declarações unilaterais convergentes, dando ensejo a *ato jurídico coletivo,* criativo.

Não se tornam, por isso, recepticias as declarações de vontade. Se era impossível a prestação por um, ou *se* alguma das pessoas não podia instituir fundação, por ser incapaz, a fundação não sofre em sua instituição, porque o negócio jurídico é ato coletivo e o direito brasileiro não exige a suficiência de bens para começar de existir.

9.Irrevogabilidade. O direito civil brasileiro não admite revogação da declaração de vontade criativa da fundação, quer pelo instituidor, quer pelos herdeiros *(aliter,* o direito civil alemão *e* o suíço). Se em testamento, a declaração é declaração testamentária e, como tal, revogável pelo testador.

Os credores do instituidor também podem propor a ação anulatória por fraude contra eles (arts. 106-113). A instituição de fundação não é doação, mas é negócio jurídico gratuito. Não era preciso dizer-se isso, explicitamente, como fez o Código Civil suiço, art. 82.

Também o instituidor tem ação de anulação por dolo, ou por erro, ou por violência (E. Hafter, Personenrecht, *Kommentar* de M. Omúr, 1, 299); bem como as ações dos arts. 1.175 *(beneficium competentiae)* e 1.176 (cp. arts.

1.721 e 1.722).

10. *Promessa de fundação.* Se o negócio jurídico fundacional foi prometido em contrato, o não institui-lo importa em violação de obrigação, porque, se é certo que o negócio jurídico fundacional não se torna bilateral, ou receptício, se inserto em contrato, isso de modo nenhum impede que se prometa instituir fundação, quer unilateral quer bilateral o negócio jurídico de que se irradie a obrigação (sem

razão, ainda no sistema jurídico alemão, que tem a revogabilidade, A. von Tuhr, *Der Alíqemeine Teil,* 1, 601; certos, H. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 68; W. Stintzing, Uber das Stiftungsgeschãft, *Archiu for die civilistische Praxis,* 88, 410; G. Planck, *Nornmentar,* 1, l1ª ed., 155; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30º-34º ed., 276, texto e nota 14). Se foi prometida a fundação, é isso devido aos figurantes do negócio bilateral, e da pretensão a que se institua nasce a ação de adimplemento (condenatória a instituir ou a indenizar), porém a indenização é do suficiente para fundar, e pode dar-se que os autores mesmos tenham de providenciar para a fundação, porque a infração do dever, oriundo da promessa de fundar, não implica que o promitente haja renunciado ou perdido o interesse pelo *fim.*

Nas edições anteriores, G. Planck só admitia a pretensão à indenização, *e* não a pretensão a que se institua a fundação; essa não era a opinião dos juristas acima citados, nem é a de P. Knoke, na Q ed. Assim, herdeiros, ou sócios, ou amigos, ou vizinhos, podem prometer, ou prometer-se entre si ereção de fundação, e a quebra da promessa gera a *ação de instituição da fundação* e a de *indenização, e* não só essa, apenas tratada aquela como ação por obrigação de fazer.

Pode haver promessa unilateral de vontade cujo conteúdo seja fundação (promessa de fundar). Regem os arts.

1.512-1.517.

11. *Fundação em testamento.* O negócio jurídico da fundação *por testamento* é disposição a causa de morte; portanto, unilateral, não-receptícia, formal, — ato criativo, *mortis causa,* de pessoa juridica. A capacidade é a capacidade testamentária (art. 1.627 *e* 1.628). O titular do pátrio poder, tutela ou curatela não pode intervir.

Nenhuma limitação há quanto à capacidade dos casados; e a regra jurídica de direito estrangeiro, que a estatuísse, seria contrária à ordem pública. As limitações à disposição de última vontade apanham a fundação *(e.g.,* arts.

1.721 e 1.727). Se foi feita dotação acima da quota disponível, reduz-se. Cabem as mesmas ações de nulidades e de anulação, por incapacidade, que a respeito das outras disposições de última vontade. As exigências formais são as mesmas do testamento, de que é parte, as mesmas as sanções e as ações de anulação. Para o direito testamentário, a fundação é conteúdo de instituição de herdeiro, de

legado ou de modo. As regras de organização e as designações de pessoas, que apliquem o patrimônio , são disciplinadas pelos arts. 24-30. Se o testador entende que a fundação há de ser criada em vida, recebendo os bens por testamento, aquela criação depende de escritura pública; se não feita escritura pública, assenta-se, na dúvida, que a fundação foi apenas prometida.

12. *Revogabilidade.* A fundação em testamento é negócio jurídico, revogável com o testamento, ou por testamento posterior que só revogue a fundação, quer se trate de instituição de herdeiro, ou de herdeiro fideicomissário, quer de legado, quer de *modus* ou encargo. Se encargo, discute-se quem é o fundador: o testador, ou o obrigado. O obrigado, entende L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 277, nota 18). O *modus* pode conter a obrigação de fundar e a de prestar, ou somente essa. Herdeiro e legatário podem ser encarregados de fundar e, ai, fundador é o herdeiro, ou legatário (J. Biermann, *Búrgerliches* Recht, 1, 512; G. Planck, *Kommentar,* 1, 160); se, porém, o testador já dotou de bens, fora do que o herdeiro há *de* prestar em cumprimento do *rnodus,* fundador é o testador (R Oertmann, *Aligemeiner Teil,* 221; A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* 1, 598; sem razão: E Endemann, *Lehrbuch,* III, 314; Christian Meurer, *Die juristischen Personen,* 285; O. Von Gierke, *Deutsches Privatrecht,* 1, 651, erro que vem de Roth, Uber die Stiftungen, *Jahrbúcher* ***fOr*** *die Dogmatik,* 1, 209).

13. *Fundação futuro.* A futura fundação pode ser instituida herdeiro fideicomissário (arts. 1.733-1.739), ou legatàrio fideicomissário. Se nada se dispôs quanto a quem haveria de organizá-la e *de* aplicar o patrimônio, entende-se que disso foi incumbido o testamenteiro. A fundação pode, então, personificar-se, após a morte do instituidor, se bem que ainda não haja recebido a herança. A fundação pode ser também herdeiro ou legatário substituto (arts. 1.729-1.732).

§ 105. Patrimônio 1. *Dotação.* A *atribuição* ou *dotação* que o fundador faz à fundação é gratuita, ainda que oneroso o negócio jurídico em que foi inserto o negócio jurídico fundacional; não é, porém, doação, porque não é contrato (H. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 66; E. Zitelmann, *Aligemeiner Teil,* 71; sem razão, E. Eck, *Vortrãge,* 1, 91, e A. von Tuh~ *Der Aliqemeine Teil,* 1, 601). Aos argumentos contrários basta opor-se: falta-lhe a bilateralidade do negócio jurídico, sem a qual não há doação; a *criação* da fundação é que caracteriza o negócio

jurídico e a gratuidade *serve* a isso. Se outra pessoa ou o próprio fundador doa à fundação. criada ou já personificada, faltam a unilateralidade, *e* aquele elemento criativo; e não há confundirem-se os dois negócios jurídicos . Não cabe invocar-se, a respeito da liberalidade da fundação, o que só se refere à liberalidade da doação, e.q., a revogação segundo os arts. 1.181-1.187; não assim quanto ao *beneficium competentiae* do art.

1.175 e quanto ao limite segundo o art. 1.176.

2. *Atos anteriores ao registro.* Entre a instituição e o registro, já o instituidor é obrigado a prestar os bens que prometeu. Quanto aos créditos e demais direitos transmissíveis por simples contrato de cessão, consideram-se transmitidos pelo negócio jurídico fundacional, salvo se contrariamente dispôs o instituidor. Transmissão, essa, em virtude de negócio jurídico de cessão, que se entende incluso no negócio jurídico de fundação, em declaração tácita de vontade. Em todo o caso, havemos de atender a que tudo se passa à semelhança do que ocorre com os nascituros: a titularidade dos direitos depende do registro, que dá a personalidade da fundação. Se bem que a fundação, negócio jurídico gratuito, não seja doação, o art. 1.179, relativo à responsabilidade do doador, incide (H. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 67;E.

Hólder, *Allgerneiner Teil,* 195; P. Oertmann,

Allgemeiner Teil, 220; diferentes, W. Stintzing, em *Archiv,* 88, 420 e E Jacke, *Die Haftung des Stifters und seines Erben,* 14); bem assim outros princípios de responsabilidade, concernentes aos doadores. Não, porém, se a fundação há de ser em virtude de negócio jurídico oneroso (G. Planck, *Kommentar,* 1, 4º ed., 159; E Jacke, *Die Haftung des Stifters und seines Erben,* 13 **S.;** L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30º-34º ed., 278, nota 24); *eg.,* transação ou partilha amigável, em que se resolveram controvérsias, destinando-se os bens discutidos à fundação.

Para as cessões que *se* têm por feitas, não importa se o instituidor morreu depois do registro. O ônus da prova de que o instituidor não quis a cessão, desde logo, toca a quem alega a não-transmissão dos créditos e mais direitos transmissíveis por simples cessão (G. Planck, *Kommentar,* 1, 4º ed., 157; O. Warneyer, *Nomentar,* 1, 107; sem razão, Fr. Leonhard, *Die Beweislast,* 275).

3.

Regras de organização. A falta de *regras de organização* não causa qualquer invalidade ou ineficácia, nem influi na aquisição dos bens: o fundador dá tais regras, se quer (art. 24). Não é pressuposto necessário a indicação da sede. Entende-se, na falta que é o domicílio do instituidor, ou onde se fez a escritura, ou onde melhor seria instalar-se. Trata-se de questão de fato.Os bens da fundação, que não sejam destinados à alienação, são inalienáveis, por implicita ou explícita cláusula do ato fundacional (1º Turma do Supremo Tribunal Federal, 25

de janeiro de 1943, *RT* 153/324; 3º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 22 de novembro de 1938, 116/651, e 120/195). 106. Estatutos e aprovação

1. *Sistema brasileiro.* O sistema jurídico brasileiro não tem a *autorização* ou *concessão estatal (aliter,* o alemão, que adota o sistema da concessão). O art. 26 submete à vigilância do Ministério Público *(*= "velará") as fundações: e os arts. 27 e 28,111, falam de autoridade competente (entenda-se: judicial ou não!) para a aprovação dos estatutos e das alterações a eles. O *dever de formular os estatutos da fundação* incumbe àquele, ou àqueles, a quem o fundador cometeu a aplicação do patrimônio, se os estatutos não foram elaborados pelo próprio instituidor, ou não se disse quem os elaboraria. Esse dever há de ser exercido dentro dos moldes que a escritura pública, ou o testamento, traçou, quer quanto à finalidade, quer quanto à organização; e *antes* de expirar o prazo que o instituidor marcou. Se não cogitou do prazo, ao Ministério Público tocava constituir em mora o incumbido, ou os incumbidos. Nem o Código Civil nem o Código de Processo Civil de 1939 propuseram regra jurídica *dispositiva,* quanto ao prazo, que pudesse incidir na falta de prazo fixado pelo instituidor. Em vez dessa simples interpelação, podia o órgão do Ministério Público usar da ação cominatória. Sob o Código de 1973, tendo expirado o prazo que o instituidor marcou, explícita ou implicitamente, ou, à falta desse prazo, dentro em 6 (seis) meses, o órgão do Ministério Público está apto, em virtude do art. 1.202, II, do Código *de* Processo Civil *(regra de direito material* heterotópica), a elaborar o estatuto e submetê-lo à aprovação do juiz. No direito anterior, a lei processual criou a pretensão do órgão do Ministério Público a formular estatutos, sem ter estabelecido a forma do processo. Se, em vez de interpelar, o órgão do Ministério Público preferisse a ação cominatória, então tudo se passava como se

estabelecia no art. 303. Além disso, a própria pessoa encarregada podia pedir que, ouvido o Ministério Público, o juiz providenciasse para que se elaborassem os estatutos. Além dos casos de elaboração dos estatutos por via *judicial,* quando o órgão do Ministério Público se substituia, por lei, às pessoas incumbidas, havia a elaboração por via *extrajudicial.* Entendamos o texto anterior do Código de Processo Civil (art. 652): „Se, no ato em que institui a fundação, o instituidor não elaborar os estatutos, a pessoa incumbida da aplicação do patrimônio o fará, sob pena de fazê-lo o órgão do Ministério Público, judicial ou extrajudicialmente". Após a expiração do prazo, ou após a interpelação, ou com a eficácia da sentença na ação cominatória, o órgão do Ministério Público, *sic et simpliciter,* fazia os estatutos, e levava-os a registro. Aos interessados, que lhe quisessem atacar o ato, só lhes restava propor ação ordinária de nulidade ou anulação. A aprovação dos estatutos pelo órgão do Ministério Público (Código de 1973, art. 1.201, primeira regra juridica) é ato de *poder público,* mas não ato *normativo,* de modo que a decretação da nulidade ou anulação da aprovação não depende, nos tribunais, da maioria de que fala o art. 97 da Constituição de 1988; o ato do órgão do Ministério Público, ao elaborar estatutos, é ato *no lugar* do ato dos que os deveriam fazer *e* não os fizeram: não é ato de poder público; o art. 97 da Constituição de 1988 não o apanha, também.

2.

Estatutos. A *elaboração* dos *estatutos pelas pessoas que o instituidor* indicou, explícita ou implicitamente, é resultante de *dever de elaboração* e obedece aos arts. 27 do Código Civil e 1.200-1.202, do Código de Processo Civil. Diz o art. 27: "Aqueles a quem o instituidor comete a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 24), os estatutos da fundação projetada, submetendo-os, em seguida, à aprovação da autoridade competente." No parágraf o único: "Se esta lha negar, supri-la-á o juiz competente no Estado, no Distrito Federal, ou nos territórios, com os recursos da lei." O art. 27 é *ius dispositivum:* pode ser que o próprio instituidor haja elaborado os estatutos; desde esse momento, há estatutos a serem *integrados* pela aprovação. Elaborados, serão os estatutos submetidos à apreciação do órgão do Ministério Público, que verificará se foram observadas as bases da fundação e se bastam os bens aos fins a que ela se destina (art. 1.200). O *§* 1º do art. 652 do Código de 1939 nada tinha com a cominação de serem feitos pelo órgão do Ministério Público os estatutos. Previa: ou *a)* a apresentação espontânea pelo incumbido, ou pelos incumbidos, ou por

um só deles, ou alguns deles, conforme a relação entre eles, tal como a concebeu o ato de instituição (Código Civil, art. 24); ou *b)* a interpelação do incumbido, ou dos incumbidos, seguida de apresentação; ou *c)* a propositura da ação do art. 302, XII, do Código de Processo Civil de 1939, se o réu ou os réus não atenderam à provocação e apresentaram os estatutos (a ação do art. 302, XII, convertia-se na ação do art. 652, *§§* 2ª *e* 39, do Código de Processo Civil de 1939, princípio geral de direito processual). A aprovação pelo órgão do Ministério Público é função constitutiva integrativa, semelhante à de certos notários, sucedâneas ambas, historicamente, da função euremática dos *iudices chartularii.* No art. 1.200, o órgão do Ministério Público e"" juiz" cartular, coopera na ultimação do negócio jurídico, e a sua "resolução" (aprovação ou desaprovação), que supõe cognição e julgamento, está sujeita a impugnação e reexame pelo juiz. Sociologicamente, o ato integrativo *volta* à sua fonte, — ao juiz. Vêem-se os dois momentos históricos, o de hoje (art. 1.201) e o de outrora (art. 1.202).

Observe-se que o Código de Processo Civil concebeu o reexame como ação, e não como recurso. Ação de suprimento, à semelhança de que se passa nos arts. 1.103 s. do Código de Processo Civil: se a aprovação for denegada, qualquer interessado poderá requerer ao juiz que a supra, em petição motivada (art. 1.201, § 1º). O juiz decidirá, podendo, antes se suprir a aprovação, mandar fazer nos estatutos as modificações necessárias à sua perfeita adaptação no objetivo do instituidor (art. 1.201, *§* 2ª). A legitimação ativa para a açao do art. 1.202, *§* 1º, é diferente da legitimação de direito material para elaborar os estatutos (Código Civil, art. 27, *verbis:* "aqueles a quem o instituidor comete a aplicação do patrimônio"). O "interesse" opera como pressuposto objetivo-subjetivo, ainda que não se trate de incumbido de formular estatutos (art. 27), ou de destinatários (beneficiados); *e.g.,* a Fazenda Pública, - o incluído como administrador nos estatutos desaprovados. A decisão do juiz é constitutiva integrativa (nossos *Comentários ao Código de Processo Civil,* III, *2,* 358-361).

3.

Natureza da aprovação dos estatutos. Quanto à *natureza da aprovação* dos *estatutos,* que de modo nenhum se confundiria com a *autorização,* se alguma lei especial a exigisse, é ato de poder público, *constitutivo integtativO* dos estatutos. Feitos pelo instituidor, ou por pessoa de que trata o art. 27, ou indicada pelo instituidor só há estatutos para serem

obedecidos após a aprovação. A aprovação dos estatutos é elemento essencial à fundação; não basta à personificação. Essa exigência da lei brasileira, que não a põe ao lado do sistema de concessão *(e.g.,* suíço), dá azo a alguns problemas novos: *a)* A personificação só se adquire com o registro; e para esse registro são precisas duas vias do estatuto (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 121): havemos *de* entender que, respeito às filiações, hão de ser os estatutos aprovados, pois que a aprovação é constitutiva integrativa. Se o oficial registra a fundação, ou mencionando, falsamente, a aprovação, e essa não se deu, ou foi negada e ainda pendia de reexame, que lhe foi desfavorável, — o terceiro de boa-fé, que desconhecia, sem negligencia, a falta, não pode sofrer prejuízo; *aliter,* o que a conhecia. *b)* Se houve alteração dos estatutos e consta do registro, o terceiro de boa-fé, que desconhecia, sem negligência da sua parte a falta de aprovação, é protegido pelo registro; se a conhecia‟ não, *e* bem assim se a desconhecia por negligência. A eficácia do registro das pessoas jurídicas não é a mesma do registro de imóveis, no tocante à fé pública. O ônus da prova do conhecimento pelo terceiro, quanto à falta de aprovação, se houve registro é ônus da fundação, ou dos legitimados ao registro; o ônus da prova do desconhecimento, sem negligência, a despeito do recurso contra o registro, incumbe ao terceiro.

A aprovação *integra* os estatutos e é pressuposto do registro. Se o oficial, a despeito da falta, registra a fundação, responde conforme o art. 28 da Lei no 6.015.

§ 107. personificação

1.

Registro e personificação. No sistema jurídico brasileiro, a fundação somente se personifica a partir do registro. Há a *criação* e a *personificação,* separadas. Tratando-se de fundação, que precise, por lei especial, de autorização, a falta impede a personificação, se, na espécie, a lei não a considera indispensável à criação mesma.

O art. 20, *§* 2ª, incide. Para terceiros, o fato de nascer a personalidade jurídica é da máxima importância: se a fundação consta do registro, existe como pessoa jurídica; se dele não consta, não existe. Se a

fundação perde a personalidade jurídica, tem-se de indagar se a causa da perda atingiu o negócio jurídico fundacional, ou se somente atingiu o registro. Se só atingiu o registro, pode pensar-se em novo registro. Se atingido foi o negócio jurídico da fundação, as conseqüências são diferentes: o que resta do patrimônio, depois de pagas as dívidas, não se submete à regra jurídica do art. 30; devolve-se ao fundador, ou aos terceiros que fizeram doações à fundação.

Salvo se o foi por *nocividade* do fim, isto é, ilicitude do seu objeto, que atinja o negócio jurídico com o terceiro.

2.

Natureza da inscrição. A inscrição é *constitutiva.* Não há personalidade antes do registro. De modo que a inscrição não é parte do negócio jurídico fundacional, porque esse somente *cria* a fundação, ao passo que a inscrição *personifica.* Aqui, a discussão foi grande na literatura suíça: viam o *nasciturus,* a fundação sem personalidade, antes do registro, A. Egger (Das Personenrecht, no *Kommentar,* 1, nº 2, *d,* sob o art. 81); negavam-no Max Húrlimann, *Die Stiftungen,* 27; V. Rossel e E. H. Mentha, *Manuel,* 1, 148; E. Hafter, Personenrecht, no *Nornmentar* de M. Gmtir, 1, 2ª ed., 293). O Código Civil suíço, art. 81, pondo, na V alínea, a regra sobre pressuposto formal (escritura pública ou testamento) e, na segunda, a regra sobre registro (inscrição), deu causa a interpretar-se a inscrição como requisito do negócio jurídico fundacional. Isso não ocorre no Código Civil brasileiro, porque na Seção III, em que se fala das fundações de direito privado, nenhuma palavra há sobre inscrição, — matéria do art. 18, incluído na Seção 1 (Disposições Gerais) e referente a sociedades, associações e fundações. Porém, ainda que se tivessem aproximado as duas regras jurídicas, adotando-se a construção que Max Húrlimann e outros quiseram, essa, sobre destoar da teoria geral das fundações, importaria em dificuldades construtivas invenciveis, como a da titularidade dos bens dotados antes de se personificar a fundaçao criada por escritura pública ou por testamento. Tanto mais quanto o direito civil suíço e o brasileiro não têm o *§* 84 do Código Civil alemão e teriam de criar a ficção. Aliás, E. Hafter, depois de repelir que haja a fundação antes do registro, isto é, o *nasciturus,* teve de admitir aquisição de bens *antes* da personificação (p. 295, V, 1: "... soweit die Ubereignung nicht bereits erfolgt ist") e falou de *dever de inscrição* das fundações (p. 295, VI, 1), o que seria absurdo, se fundação não existisse. Resvalar-se-ia, inevitavelmente, para o tempo das discussões de A. Brinz e E.

1. Bekker.

3. *Direito e dever de inscrição.* Existe *direito de inscrição e dever de inscrição:* aqueles a quem o instituidor comete a aplicação do patrimônio têm direito e dever de inscrição; idem, a pessoa que teve tal incumbência. Tem direito de inscrição qualquer interessado, inclusive o Ministério Público. Esse, porque tem o dever de velar pela fundação *e* promover-lhe a feitura dos estatutos, tem o dever de promover a inscrição. O terceiro indicado, que ainda não aceitou a incumbência, só tem o direito de inscrição, cujo exercicio contém a aceitação.

4. Ininscritibilidade. Não podem ser registradas as fundações que sejam nocivas ou perigosas ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral *e* aos bons costumes (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 115). Em poucas palavras: que tenham fim ilicito (cf. Constituição de 1988, art. 5t XVII, primeira parte). O art. 115, parágrafo único, é de invocar-se. (Quanto ao art. 4º do Decreto-Lei nº 9.085, de 25 de março de 1946, é contrário à Constituição de 1988 e não se acha mais no sistema jurídico do Brasil; por outro lado, não seria de incidir sobre as fundações, porque nele só se falava de sociedade e associações.) 5. *Doações.* As regras sobre validade ou não-validade de doações, que terceiros, ou o próprio fundador, ou fundadores façam à fundação, são as que disciplinam as doações, e não as que são concernentes às fundações. A personificação nada impede.

6. *Transferência de bens.* Personificada a fundação, tem o fundador de adimplir a promessa~ que fez, de lhe transferir os direitos sobre bens imóveis e os demais direitos cuja transferência não se tenha dado *(e.g.,* propriedade de bens móveis que se achavam em mão de terceiros, direitos autorais). Se a prestação se impossibi-litou por culpa do fundador (ads. 865, 2ª alínea, 867, 870, 877, 879, 2ª parte, 880, 881 e 883), responde à fundação. Se a personificação ocorre depois da morte do fundador, os efeitos são a partir da morte, não por ficção, *e* sim pela mesma razão de incerteza que existe para o nascituro: evita-se que se pense em terem passado aos herdeiros, ou ao testamenteiro, os bens dotados à fundação; e assegura-se-lhe o direito aos frutos. Para as doações feitas pelo fundador mesmo, ou por terceiros, a personalidade é que dá a data da aquisição; rege, se se trata de instituição de

herdeiro, ou de legado, o art. 24, e não o art. 1.717 (cp. art. ***4º);*** se se trata de doação, há-se de pensar em *negotiorurn gestor* da fundação futura (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1, 609), inclusive em fidúcia.

7. *Fundações de direito público.* As fundações de direito público podem ser criadas por lei, ou por ato administrativo, que a lei permita, ou por decreto que confira a natureza de fundação de direito público para algum patrimônio que seja dotação fundacional de alguém.

§ 108. Alteração dos estatutos

1.

Tempo em que se dá a alteração dos estatutos. Pode haver: *a)* alteração dos estatutos antes da aprovação , *e.g.,* alteram-se para se evitar a desaprovação, ou para se conseguir a aprovação, depois de negada; *b)* alteração depois da aprovação e antes do registro da fundação; *c)* alteração depois do registro, portanto já em vigor os estatutos. As alterações *a)* e *b)* passam-se no plano da elaboração dos estatutos, mas a alteração depois da aprovação e antes da inscrição da fundação há de ser justificada ou de acordo com o órgão competente para a aprovação. Se esse se opõe, trata-se a espécie *ad instar* da desaprovação, com o recurso do art. 27, parágrafo único (Código de Processo Civil, art. 1.201, *§* 1º). Deve-se ler o art. 27 como tendo, abaixo dele, o parágrafo único do art. 27, que é regra jurídica comum às duas espécies de aprovação.

2. *Registro.* A alteração dos estatutos tem de ser registrada, como, *e.g.,* se estatuía no Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 132: "Serão averbadas, nas respectivas inscrições, todas as alterações supervenientes, que importarem em modificação das circunstâncias constantes do registro, atendidas as exigências das leis especiais em

vigor." A averbação da alteração tem o efeito próprio do registro das pessoas jurídicas, que nào é o mesmo efeito, quanto à fé pública, do registro de imóveis. Por isso mesmo, o registro não tem eficácia a favor do terceiro, que conhecia a inexatidão; nem contra o terceiro, que desconhecia a alteração e negociou de boa-fé. A prova do conhecimento, pelo terceiro, da alteração, que ainda não foi registrada, é ônus da fundação; o ônus da prova do desconhecimento sem negligência, por parte do terceiro, quanto à alteração registrada, cabe ao terceiro.

As regras jurídicas, acima reveladas, também incidem em se tratando de denúncias, interpelações, avisos e demais manifestações de vontade ou comunicações de conhecimento.

O Código de 1973, com pleno acerto, pôs em seu texto o art. 1.203, parágrafo único; e essa inovação aplaudível concebeu a submissão da reforma, se não houve deliberação por votação unânime, ao órgão do Ministério Público, podendo a maioria vencida impugná-la no prazo de dez dias. Há, antes da remessa ao órgão do Ministério Público, a autuação do pedido de aprovação e é nos autos que se fazem as impugnações, no prazo de dez dias. Não se falou do prazo para o órgão do Ministério Público deliberar, mas, por analogia, havemos de entender que é o de quinze dias (artigo 1.203 do Código de 1973), mas contados da preclusão do prazo para as impugnações, e não da autuação do pedido de reforma. O que se requereu ao juiz é o suprimento da aprovação, se o órgão do Ministério Público na aprovou a reforma, mas havemos de assentar que também cabe ao juiz examinar e julgar, contra a aprovação pelo órgão do Ministério Público, o que os impugnantes alegaram, se o requereram ao juízo.

3. *Estatutos e alterações.* Se não há regras juridicas cogentes, que os estatutos reproduziram em seu texto, ou, se a regra estatutária não é expressão do fim mesmo da fundação, nem há regra estatutária que restrinja a competência dos que podem alterar os estatutos, a alteração deles é permitida, com aprovação da autoridade competente (ato integrativo da alteração). Diz o art. 28: "Para se poderem alterar os estatutos da fundação, é mister: 1. Que a reforma seja deliberada pela maioria absoluta dos competentes para gerir e representar a fundação. II. Que não contrarie o fim desta. III. Que seja aprovada pela autoridade competente." A regra jurídica do art. 28, 1, é dispositiva *(e.g.,* o fundador ou os estatutos podem ter exigido dois terços); a regra jurídica do art.

28, II, é cogente, embora possa haver, no ato criativo, fins alternativos; o art. 28, III, também o é.

4. Razão da alteração. Se é permitida a alteração, o ato do corpo competente para adotá-la é ato de autonomia privada, mas dependente de aprovação pela autoridade competente. Não se exige, no direito brasileiro, qúe a deliberação seja fundamentada senão para convencimento da autoridade que tem a competência para a aprovação (cp. Código Civil alemão, *§* 87, alínea 2ª, diferente; Código Civil suíço, art. 85, que somente permite a modificação da organização se a modificação e"" absolument nécessaire", "dringend erheischt", "urgentemente richiesto", segundo os três textos). O processo da aprovação da alteração é o do art. 1.203 do Código de Processo Civil. Da decisão do juiz, que suprir, ou não, a aprovação denegada, cabe apelação. No direito suíço, não há o suprimento, nem o recurso (E. Hafter, Personenrecht, no *Kommentar de* M. Gmúr, 1, 2ª ed., 209), nem alegação de exercício irregular de direito ou abuso de poder (sem razão, ~J. Rossel *e* E. H. Mentha, *Manual de Droit civil suisse,* 1, 152).

A alteração não aprovada pelo Ministério Público é inexistente (3º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 22 de novembro de 1938, *RT* 116/651, 120/195). O registro, que se fizer de tal alteração, *inexato.* Não se precisa de mais do que requerer a retificação do registro, invocando-se os ads. 109-112 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, *por analogia.*

5. *Alteração do fim.* É preciso não se confundir a alteração dos estatutos, a que se referem os ads. 28 e 29, e a alteração do fim ou dos fins. Tal alteração do fim ou dos fins somente pode ser feita se, sem ela, não se poderia respeitar devidamente a intenção do fundados ou se ele mesmo a previu; *e* há de ser tratada em separado, implique, ou não, alteração da organização.

§ 109. Fiscalização

1. *Ministério Público.* O Ministério Público vela pelas fundações e

fiscaliza a aplicação dos seus bens e mais atividades. Diz o art. 26: "Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado, onde situadas." E o *§* lº: "Se estenderem a atividade a mais de um Estado, caberá, em cada um deles, ao Ministério Público esse encargo."

"Aplica-se ao Distrito Federal e aos Territórios não constituídos em Estados o aqui disposto quanto a estes" (art.

26, *§* 2ª). Mais explícito fora o art. 653 do Código de Processo Civil de 1939: "O órgão do Ministério Público velará pelas fundações existentes na comarca, fiscalizando os atos dos administradores e promovendo a anulação dos praticados sem observância dos estatutos." A função do Ministério Público começa logo após a instituição, tanto assim que pode interpelar os encarregados da aplicação do patrimônio (art. 27).

2. *Interesse federal.* A federalidade do interesse (fundação para recreio de militares, fundação em benefício de estudantes brasileiros no estrangeiro, fundação brasileira para proteção dentro *e* fora do território, ou somente fora) não altera a regra de competência (inicial) do art. 26 e *§§* 1º e 2ª *(aliter,* Código Civil suíço, art. 84).

Se a fundação é de direito público federal, muda de figura, porque se há de consultar a lei de competência dos órgãos do Ministério Público para os assuntos da União. As regras jurídicas a propósito de cuidado e fiscalização são de direito cogente; o instituidor nada lhes pode mudar: o que o instituidor pode é criar o suporte fático para a regra jurídica A, ou a regra jurídica B, situando as fundações (cp. E. Hafter, *Die Lebre von den juristischen Personen,* 114, nota 91; M. Húirlimann, *Die Stiftungen,* 110). Quanto ao conteúdo e ao modo de exercer-se a vigilância, é preciso advertir-se em que de modo nenhum pode retirar a competência dos órgãos da administração. As funções principais são a de aprovar estatutos e alterações, a de verificar ser nociva ou impossível a mantença da fundação e a de documentar-se para o exercício das ações de nulidade e de anulação.

O Ministério Público é sempre competente para pleitear declarações de inexistência ou de ineficácia e decretações de nulidade e anulabilidade de atos dos administradores, ou de alterações dos estatutos (3º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 22 de novembro de 1938, *RT* 116/651, e 120/195).

3. *O art. 30.* Diz o art. 30 do Código Civil: "Verificado ser nociva ou impossível a mantença de uma fundação, o património, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou nos estatutos, será incorporado em outras fundações, que se proponham a fins iguais ou semelhantes." A legitimação para a verificação compete ao Ministério Público, ou à minoria vencida na alteração dos estatutos, excluídos assim os que iriam *contra factum proprium.*

4.

Nulidade do ato modificativo. Diz o art. 29: "A minoria vencida na modificação dos estatutos poderá, dentro em um ano, promover-lhe a nulidade, recorrendo ao juiz competente, salvo o direito de terceiros. A ação, que ai cabe, é a de anulação, não a de nulidade, embora sob forma recursal. O prazo do art. 29 épreclusivo. Se quem aprovou foi o tribunal de última instância (cp. Código de Processo Civil, art. 1.201, *§* 1º), a ação a propor-se é a ação rescisória de sentença, por violação do art. 28, ou por outro fundamento, no prazo de dois anos; a via recursal pré-extinguiu-se sem preclusão com prazo do art. 29, que não poderia correr contra quem não poderia exercer o direito a alegar a invalidade. Os direitos de terceiros ficam, sempre, ressalvados. Se o ato de aprovação foi nulo, a ação a propor-se é a de nulidade, que não prescreve, nem preclui. Se inexistente, a declaratória negativa, que também não prescreve, nem preclui.

§ 110. Alteração do fim ou dos fins da fundação

1.

Concepção do fim ou dos *fins.* O fundador pode ter concebido com certa generalidade o fim ou fins da fundação, deixando aos formuladores dos estatutos a fixação, definitiva, do fim ou dos fins. Pode ter adotado alternação de fins, ou substituibilidade, ou escala.

2.

Mudança de circunstância. Se as circunstâncias mudaram de tal maneira que ferem o fim, ou fins, sem que o fundador o previsse, é preciso saber-se se a mudança do fim, ou dos fins, pode ser

determinada pelos estatutos, com a devida aprovação, sem que se ofenda a intenção do fundador, isto é, o seu propósito manifestado. A questão é de interpretação do ato fundacional. A alteração somente é permitida se o fundador a teria admitido, conforme a vontade que manifestou, e até onde a mudança das circunstâncias o exija. Trata-se de medida mais grave que a da alteração da organização. Se não cabe no que foi propósito do fundador a medida alterativa, nem seguiu como é a fundação, incide o art. 30, por analogia. Por exemplo: a fundação era para posto de assistência em certa zona e foi fundado grande hospital gratuito; fundação para enterrar indigentes, e o cemitério passou a ser gratuito (caso em que, salvo pré-exclusão pelo fundador, a fundação pode passar a ter por fim o transporte para o cemitério e as despesas de vestes e caixão). O processo é o dos arts. 28-29 do Código Civil e art. 1.201 do Código de Processo Civil, com os mesmos recursos e a possibilidade de ação rescisória.

§ 111. Extinção das fundações

1. Fundações *e duração.* As fundações podem ser *perpétuas* ou *com* tempo *determinado.* Se com tempo determinado, extinguem-se: *a)* com o implemento da condição resilitiva ou com o advento do termo; *b)* pela decretação da originária ilicitude; *c)* pela impossibilidade de se manter; *d)* pela impossibilidade, por haverem desaparecido os destinatários, ou por se ter tornado inexeqüível o seu fim, ou por se ter tornado ilícito; *e)* por acordo, se o previu o fundador. A fundação perpétua, que é a fundação por tempo indeterminado, só se extingue por *(b), (c), (d)* e (e).

A desapropriação dos bens da fundação por si só não a extingue (1º Turma do Supremo Tribunal Federal, 25 de janeiro de 1943, *RT* 153/324).

2. *Prazo de existência e outras causas de extinção. (a)* Vencido o prazo de sua existência, a fundação extinguese. Do registro consta esse prazo (Lei ne 6.015, art. 120, V). A averbação, que sobrevenha, tem eficácia apenas declarativa, e faz-se em virtude de sentença em ação mandamental. *a)* Ao terceiro que negociou com a fundação, crendo que existisse, por desconhecer a cláusula registrada, a lei não no protege: desconhecia a determinação de tempo, por *negligência.* O

registro tampouco favorece àquele que conhecia a cláusula, a despeito da omissão do registro. *b)* Enquanto não se procede à extinção e se averba a extinção, o registro tem eficácia, salvo a favor do que conhecia a extinção; e, no intervalo entre a sentença e a averbação, que é curtíssimo, por se tratar de ação mandamental, é de má fé o terceiro que trata com a fundação, cuja extinção sentenciada conhecia. "Qualquer interessado ou o órgão do Ministério Público promoverá a extinção da fundação quando: 1. se tornar ilícito o seu objeto; II. for impossível a sua manutenção; III. se vencer o prazo de sua existência diz o art. 1.204 do Código de Processo Civil. A primeira ação do art. 1.204, 1 e li, (Código Civil, art. 30) é a ação *(d);* a segunda ação (art.

1.204, 111) é a ação *(a),* mandamental. A legitimação ativa é a do art. 1.204 do Código de Processo Civil: o art.

30, parágrafo único, do Código Civil disse: "Esta verificação poderá ser promovida, judicialmente, pela minoria de que trata o art. 29, ou pelo Ministério Público." A interpretação havia de ser no sentido de se ter como exemplificativo o art. 30, tanto mais quanto aí também se trata de nocividade *e* de impossibilidade. Intervém, por força dos princípios, a legitimação objetiva-subjetiva do interesse. O Código de Processo Civil, art. 1.204, foi mais feliz: qualquer interessado e o órgão do Ministério Público podem promover *(e.g.,* administradores, destinatários, credores da fundação, credores dos destinatários).

(d) Se desapareceram os destinatários, ou se sobreveio impossibilidade de se executar o fim da fundação, ou se o fim se tornou ilícito, a sentença extingue a fundação, com força constitutiva negativa, *e* eficácia imediata mandamental (Código Civil, art. 30; Código de Processo Civil, art. 1.204, 1). O terceiro que conhecia a sentença, antes de ser feita a averbação, não pode invocar a proteção do registro, alegando a falta de averbação; outrossim, se conhecia a ilicitude sobrevinda.

(e) Se o fundador previu que a fundação podia ser extinta por acordo dos que a administravam, o acordo constitutivo negativo somente tem efeito com a averbação. Todavia o que conhecia o acordo, antes de se averbar, não pode alegar, utilmente, a falta de averbação.

(b) A decretação da ilicitude originária, a despeito, portanto, do registro, é decisão constitutiva negativa, com eficácia *ex tunc;* porém os terceiros, que estavam de boa-fé, têm a proteção da lei. Os que conheciam a ilicitude não são protegidos.

(c) A impossibilidade de se manter a fundação é causa da extinção da fundação, mas depende de decretação judicial (Código Civil, ad, 30: "Verificada ser nociva, ou impossível a mantença de uma fundação o patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou nos estatutos, será incorporado em outras fundações, que se proponham a fins iguais ou semelhantes"; Código *de* Processo Civil, art. 1.204, 11). A eficácia da sentença é constitutiva negativa, com efeito imediato mandamental. A personalidade só se extingue com a averbação. Todavia o terceiro que sabia ter sido proferida a sentença de extinção não pode alegar, a seu favor, a eficácia do registro, argüindo a falta de averbação.

Capítulo VI

Domicílio das Pessoas Jurídicas

§ 112. Regras do Código Civil e de outras leis

1. O *art. 35.* "Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é: 1. Da União, o Distrito Federal. II. Dos Estados, as respectivas capitais.

III. Do Município, o lugar onde funcione a administração municipal. IV. Das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegeram domicilio especial nos seus estatutos, ou atos constitutivos" (art. 35).

O Decreto-Lei nº 311, de 2 de março de 1938, art. 39, explicitou que "a sede do Município tem a categoria de cidade e lhe dá o nome. As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde a outra parte tiver domicilio, enquanto as intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que o autor for domiciliado, naquela onde houver ocorrido o ato ou o fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal (Constituição de 1988, art. 109, *§§* 1º e 2º). "Nos Estados, observar-se-á, quanto às causas de natureza local, oriundas de fatos ocorridos, ou atos praticados por suas autoridades, ou dados à execução, fora das capitais, o que dispuser a respectiva legislação" (art. 35 *§* 2ª).

A pessoa jurídica pode ter mais de um domicílio, à semelhança da pessoa física (arg. ao art. 35, *§* 3º). Tem-se, portanto, de evitar, nesse ponto, influência da leitura de livros estrangeiros, quando a legislação estrangeira exige a unicidade de domicilio.

2. O *rgão e pessoa jurídica.* A 1ª parte do art. 35, IV, não faz corresponder ao domicilio das pessoas físicas o da pessoa juridica; não está em causa o domicílio das diretorias ou administradores.

A regra jurídica incide, ainda quando o lugar onde funciona a diretoria ou a administração nada tenha com o lugar em que exerce a sua atividade (C. P. Wiedemann, *Rei trâge vir Lebre von den ídealen Vereinen,* 383; A.

von Tuhr, *Der Aliqemeine Teil,* 1, 458; G. Planck, *Kommentar,* 1, 4º ed., 69), sem se ter de indagar se é puramente ficticio, ou não, o lugar de funcionamento.

Lugar em que funciona a pessoa jurídica não é só o em que ***se*** administram os bens, e sim o em que se trata dos negócios da pessoa jurídica. Pode não ter ela qualquer bem sito na sede *e* pode, aí, não administrar, diretamente, o patrimônio. Na dúvida, tem-se por sede (L. Enneccerus, *Lebrbuch,* 1, 101) o lugar de onde se exerce a atividade da sociedade de fins benéficos (contra Ernst lsay, Staatsangehóriqheit *der juristischen Personen,* 93 s., C. P. Wiedemann, *Beitrâge,* 385).

A 2ª parte do art. 35,1V, exprime a plena liberdade do ato constitutivo na escolha do domicílio ou sede. Não importa que nenhuma atividade se exerça aí, ou que estejam ausentes os diretores e administradores (E. Hõlde~

Aligemeiner Teil, 137; H. Rehbein, Das *Bíirgerlicbe Gesetzbuch,* 1, 52; G. Planck, *Komrnentar,* 1, 4ª ed., 69; C.

P. Wiedemann, *Beitrâge,* 383; P. Oertmann, *Aliqemeiner Teil,* 96; 3. Biermann, *Búrgerliches Recht,* 1, 452). Só há uma limitação à escolha: ser no território do pais que dá a regra jurídica (O. Warneyer, *Kommentar,* 1. 48). Se se escolhe sede no Brasil, para se ligar ao país sem outra razão ,age-se in *fraudem legis;* idem, se se adota para entidade, que somente tem a atividade no Brasil, sede no estrangeiro.

3. *Diversos estabelecimentos.* “Tendo a pessoa jurídica de direito privado diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um será considerado domicilio para os atos nele praticados” (art. 35, *§* 39)~ A regra jurídica atende a que se pode dar a pluralidade de sedes, ou a que se tenha adotado a pluralidade de sedes. Então, o domicílio, se não foi *determinado segundo o art. 35, 1V 2ª parte,* é conforme o lugar em que se praticou o ato, licito ou ilícito.

“Se a administração, ou diretoria, tiver a sede no estrangeiro, haver-se-á por domicilio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraídas por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder” (art. 35, *§* 4º)

4.

Pessoas *jurídicas de direito comercial.* Também a respeito das pessoas jurídicas de direito comercial, o Código Civil adota o princípio da possível pluralidade de domicílio, mas sujeito a princípio de distribuição dos fatos jurídicos geradores de deveres, obrigações, ações e exceções (princípio de distribuição ativa e passiva): *e.g.,* contra a companhia de seguros pode ser exigida a pretensão, ou proposta a ação, ou oposta a exceção, ou praticado ato que a ela se haja de dirigir, em cada um dos lugares em que sua agencia fez o seguro (Supremo Tribunal Federal, 5 de julho de 1924, *RD* 86/311; *AJ* IV/2). O principio apanha as autarquias e pessoas jurídicas de direito público, por analogia (1º Turma do Supremo Tribunal Federal, 2 de dezembro de 1946, *RF* 111/403).

Quanto às pessoas jurídicas de direito comercial, não se precisa de falar de analogia, como fez o Supremo Tribunal Federal, a 21 de junho de 1949, *RE* 128/399, porque o art. 35, *§* 39, se refere a pessoas jurídicas de direito privado. Assim, tendo a empresa estabelecimentos em lugares diferentes, qualquer deles é domicílio, mas tem-se de observar o princípio de distribuição ativa e passiva (1ª Turma, 9 de janeiro de 1950, *RF* 132/432:

“Tendo a empresa de transporte estabelecimentos em lugares diferentes, pode ser demandada no lugar em que se deveria executar o contrato de transporte, pela entrega da mercadoria ao destinatário”; 3º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de março de 1944, *RT* 152/122; 3º Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 13 de setembro de 1949, *AJ* 94/252; Q Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 20 de julho de 1944, *RT*

154/142: “Embora tenha a ré na cidade um grande armazém com máquina para o preparo de cafés, à testa do qual está um dos seus empregados, contudo, não se pode afirmar que esse aparelhamento possa constituir uma casa sucursal da matriz, ou estabelecimento autônomo a que alude o art. 35, *§* 3º, do Código Civil. O armazém com máquina de beneficio que possui a agravante, à semelhança de várias casas comissárias de Santos, objetiva apenas facilitar os serviços de compra de cafés *e* aperfeiçoamento do produto. Não tem a característica de estabelecimento autônomo, com aparelhamento próprio para emprestar-lhe a feição de casa sucursal”). Na definição do estabelecimento, conforme o art. 35, *§* 39, há de caber existência de órgão, ou de representação, com instalação (sucursais, filiais, agências) e administração própria. Alguns acórdãos se referem à “autonomia” (39

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 24 de maio de 1944, *RT* 151/149; 1ª câmara, 7 de agosto de 1944, 154/636), mas esse equívoco pressuposto não é necessário, porque épuramente interno às relações entre duas instalações da mesma pessoa jurídica (cf. Supremo Tribunal Federal, 15 de janeiro de 1921, *RLST* 31/109, *RD* 63/496; 39 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de março de 1943, *RT* 152/124: “O Código Civil, no inciso citado (art. 35, *§* 39), não quis referir-se, e seria ilógico se o fizesse, a estabelecimento inteiramente independente de órgãos centrais. A noção de “estabelecimento” implica necessariamente uma relação de dependência”). Armazém ou depósito, sem atividade de ôrgão da pessoa jurídica, ou sem representação para atos jurídicos no lugar, não é estabelecimento. O conceito de estabelecimento, embora independa da “autonomia”, exige que, segundo o tráfico, ou a efetividade do funcionamento, se trate de sucursal, filial, ou agência, de modo que a prática de atos jurídicos no lugar possa ser tida como fixação de mais um domicilio.

Resta saber-se se não incide o art. 35, *§* 39 (pluralidade distribuída de domicílios) se a pessoa jurídica escolher domicílio especial diferente daquele em que funciona a sua diretoria ou administração. E o problema de ser, ou não, *ius dispositivum* o art. 35, *§* 39 Eduardo Espínola *(Breves* Anotações, 1, 112) tem-no como regra jurídica dispositiva: “Nesse caso, ja designação feita nos estatutos afasta a pluralidade de domicílios? Parece que sim, dada a natureza supletiva da regra. De feito, se, tendo um só estabelecimento, pode a pessoa jurídica eleger domicílio especial outro lugar, ~por que não lhe ser permitido escolher para domicílio de todas as suas transações o lugar em que está seu estabelecimento principal, ou alguma de suas agências?” A 1ª câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 31 de

julho de 1944 *(RT* 153/553), combate tal resposta: „t. não é possível aceitá-la.

Estudando-se o art. 35 do Código Civil, vê-se que ele fixou no corpo do artigo as regras gerais sobre o domicilio das pessoas jurídicas de direito público e privado, e nos seus quatro parágrafos dispôs sobre o domicílio quando ocorrerem os fatos nele especificados. Pode-se dizer que o corpo do artigo estabelece as regras e os parágrafos as exceções. Não é possível dar-se a dispositivo sobre exceção o caráter de supletivo do que estabelece a regra geral". No art. 35, IV, permitiu-se que, havendo dois ou mais domicílios da pessoa jurídica, possa ser escolhido um deles, nos estatutos ou no ato constitutivo como domicílio especial, isto é, domicílio para certa classe de atos, como se a pessoa jurídica tem empresa de cerâmica e de cimento ~ discrimina qual aquele para onde devem convergir os negócios e outros atos jurídicos concernentes à cerâmica. O art. 35, IV, art. permite escolha arbitrária de domicílio especial. Se há diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um é reputado domicílio para os atos neles praticados. Já aí se deu a especializaçãO, porque a lei mesma distribuiu (art. 35, *§*

39). O art. 35, IV, somente cogita da sede, como domicílio especial, para se afastar que se repute sede o lugar onde funcionarem as diretorias e administrações. A regra jurídica do art. 35, IV, é dispositiva, e isso ressalta da própria redação. Quanto ao art. 35, *§* 39, não, porque é em velação à própria sede que se dá a pluralidade de domicílios. Assím, havemos de entender que a pessoa jurídica pode dizer, nos estatutos ou ato constitutivo, onde é a sua sede; se não no diz, sede é onde funcione a diretoria ou administração. Havendo dois ou mais estabelecimentos em lugares diferentes, um dos quais seja a sede, todos eles são domicílios, mas somente a sede o é para todos os atos, pois os demais só o são para os atos que neles forem praticados. Dá-se o mesmo se a sede é em lugar diferente dos estabelecimentos.

A questão de se saber se a ação contra a pessoa jurídica pode ser proposta noutro domicílio que aquele em que foi praticado o ato jurídico é de direito processual, e não de direito privado. Não se há de resolver com o art. 35,

§ 39; mas com o Código de Processo Civil. A 4º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 19 de outubro de 1944 *(RT,* 629), entendeu que o autor tem escolha entre o foro lugar do ato e o foro do lugar da sede. Mas havemos de entender que não pode ser em outro domicílio que o da sede (6º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de

janeiro de 1949, 178, 854), salvo regra jurídica especial.